Eigentumserwerb durch Stellvertretung bei Mobilien.

Unter ausschließlicher Berücksichtigung der dinglichen Einigung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Diether Busse
Gerichtsreferendar aus Darmstadt.

Marburg 1932

Buchdruckerei von Joh. Hamel, Marburg

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 14. Juli 1932.
Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Alfred Manigk.

Schrifttum.

I. Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für die zivilistische Praxis.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, gegründet von Dr. J. A. Gruchot.
Deutsche Juristenzeitung, hrsg. von Liebmann.
Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Jherings Jahrbücher.
Juristische Wochenschrift. Organ des Deutschen Anwaltsvereins.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, hrsg. von Soergel.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, hrsg. von Mugdan und Falkmann.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Urteile des Reichsgerichts im Beilagenheft von Gruchots Beiträgen.

II. Kommentare, Lehrbücher und Monographien.

Biermann, Kommentar zum B. G. B. Sachenrecht, 1914.
Brach, Zum § 164, II B. G. B., im Recht 01, S. 558 ff.
Brodmann, Handelsgeschäfte, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, IV. Bd. 2. Abtlg. 1918.
Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des B. G. G. 1900.
Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. 1910.
Cohn, Ernst. Das Rechtsgeschäftliche Handeln für den, den es angeht; in den Arbeiten zum Handelsrecht Bd. 61. Marburg 1931.
Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Einleitung und allgemeiner Teil. 1900.
David, Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens, im Recht 01, S. 506 ff.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 1. Bd. Die allgemeinen Lehren. 3. Auflage. 1906.
Draganesco, Besitzerwerb durch Stellvertreter. 1916.
Eck, Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. 1. 1903.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd 3. 9. Auflage. 1905.
Eichler, Vertretung für denjenigen, den es angeht. Marburger Dissertation 1931.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd 25.–29. Aufl. 1926.
Goldmann-Lilienthal, Das B. G B. systematisch dargestellt 1. Bd. 2. Aufl. 1903.
Heck, Grundriß des Schuldrechts. 1929.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. 1900.
Hoeniger, Sicherungsübereignung von Warenlagern. 2. Auflage. 1912.
Hupka, Die Vollmacht. 1900.
v. Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in Jh. Jhrb. Bd. 1. S. 273ff.
Isay, Die Geschäftsführung nach dem B. G. B. 1900.
Jeroschewitz, Vertretung bei der Fahrnisübereignung. Königsberger Diss. 1920.
Jung, Anweisung und Vollmacht. in Jh. Jhrb. Bd. 69. S. 82 ff.
Jung, Eigentumsübertragung beim Kommissionshandel. in Z. H. R. Bd. 47. S. 183 ff.
Kniep, Der Besitz des B. G. B. gegenüber gestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1900.
Langen, Eigentumserwerb und Verlust bei Kommissionsgeschäften nach dem Rechte des alten und neuen H. G. B. 1900.
Lehmann, H. Grundriß des allgemeinen Teils des B. G. B. 1922.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, in Jh. Jhrb. Bd. 36. S. 1 ff.

Leonhard, Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
Leonhard, Rudolf, Der allgemeine Teil des B. G. B. in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. 1900.
Loewenwarter, Lehrkommentar zum B. G. B. 1. Bd. Allgemeiner Teil. 3. Auflage. 1931.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Manigk, Irrtum und Auslegung. 1918.
Manigk, Artikel: Interesse, und Artikel: Interessenjurisprudenz, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd 3. S. 304 und S. 307 ff.
Manigk, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, in der J. W. 1930 Bd. 2. S. 2192 ff.
Müller, Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, in Gruch. Beitr. Bd. 54. S. 226 ff.
Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Buch, Allgemeiner Teil. 5. Aufl. 1928.
Planck, Kommentar zum B G. B. Bd. 1. Allgemeiner Teil. 4. Auflage 1913. (Cit: Planck-Flad). – Bd. 3. Sachenrecht. 1920. (Cit: Planck-Brodmann).
Przibilla, Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, in Ih. Jhrb. Bd. 50, S. 323 ff.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß 1908.
Regelsberger, Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen, in Ih. Jhrb. Bd. 44. S. 323 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Bd. 1 und 3. 7. Auflage 1929.
Rümelin, Das Handeln im fremden Namen, im Arch. ziv. Prax. Bd. 93. S. 131 ff.
Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht 1888.
Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, Bd. 2. 1902.
Schumann, Zur Frage vom Miteigentum beim Sammeldepot; in den Arbeiten zum Handelsrecht Bd. 62. Marburg. 1931. S. 1174 ff.
Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. 1907.
Sohm, Das System des römischen Rechts. 15. Aufl. 1913.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 (Cit. Staudinger-Riezler), 9. Aufl. 1925. – Bd. 3. (Cit: Staudinger-Kober), 9. Auflage.
Stern, Eigentumserwerb durch Stellvertreter, insbesondere bei verdeckter Stellvertretung. Marburger Diss. 1923.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1910. Bd. 2. 1. Hälfte 1914. 2. Hälfte 1918.
v. Tuhr, Verfügung über künftige Mobilien, in der D. J. Z. 1904. S. 426 ff.
v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung, in Ih. Jhrb. Bd. 48. S. 47 ff.
Stintzing, Die Uebertragung beweglicher Sachen nach dem Deutschen bürgerlichen Recht in Heranziehung des gemeinen und des römischen Rechts. 1911.
Warneyer, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 1919.
Weber, Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten. 1914.
Weller, Uebertragung beweglicher Sachen mit Vertretung des Erwerbers. Marburger Diss. 1922.
Wellspacher, Das Vertrauen auf die äußeren Tatbestände im bürgerlichen Recht. 1906.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.
Wolff, Das Sachenrecht. 7. Bearbeitung. 1927.

Inhaltsverzeichnis.

A. Grundlagen und Problemstellung.

§ 1. Die Aufgabe.

Die Figur der Stellvertretung birgt in sich drei widerstreitende Interessensphären, sofern durch das Rechtsgeschäft, das der Vertreter für den Vertretenen vornimmt, zwei Rechtssphären, nämlich die des Vertretenen und die eines Dritten, berührt werden. Dies trifft stets bei einem dinglichen Uebereignungsgeschäft zu, bei dem ein Vertreter, sei es für den Eigentumserwerber, sei es für den Veräußerer mitwirkt.

Aufgabe der Rechtsordnung ist es, diese verschiedenen Interessen gegeneinander auszugleichen und sie in ein erträgliches Verhältnis zueinander zu bringen. — Nach Ansicht vieler Autoren hat das geltende bürgerliche Recht diese Aufgabe nur zum Teil, im speziellen Falle des Mobiliareigentumserwerbes durch einen Stellvertreter aber garnicht zu lösen vermocht.

In der vorliegenden Arbeit soll untersucht werden, ob diese Ansicht richtig ist oder ob nicht doch die gesetzliche Regelung beim Eigentumserwerb beweglicher Sachen durch Stellvertreter zu brauchbaren, dem praktischen Leben angemessenen Ergebnissen führen kann.

Zur Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen ist nach § 929 Satz 1. B. G. B. Uebergabe der Sache und Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber erforderlich.

Es soll in der Arbeit die Frage der Uebergabe an den Stellvertreter unerörtert bleiben und allein die Stellvertretung des Erwerbers bei der Einigung geprüft werden.

Ueber die Rechtsnatur der Einigung wird lebhaft gestritten: Die herrschende Lehre [1]) nimmt an, die Einigung sei ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein Vertrag, während eine große Anzahl von Autoren [2]) die Rechtsgeschäfts- und damit die Vertragsnatur der Einigung ablehnt. Ihr Hauptargument besagt, die Einigung für sich allein genommen führe die von den Parteien gewollte Rechtswirkung nicht herbei, sondern nur in Gemeinschaft mit der Uebergabe oder Eintragung ins Grund-

---

[1]) Planck-Flad, Vorbemerkung vor § 145, S. 383; Staudinger-Riezler, Einleitung vor § 145, 1. S. 604; RGR Kom. Vorbemerkung vor § 145, 3. S. 244; Oertmann, Vorbemerkung vor § 145, 1b. S. 526; Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. Manigk, Rechtsgeschäft, S. 203 N. 1, Willenserklärung, S. 413, Irrtum, S. 233 N. 1; F. Leonhard, a. a. O. S. 17.

[2]) Enneccerus, § 137 II, S. 449; Wolff, § 66 I u. § 38 II 1; Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des BGB; Biermann, a. a. O. Vorbemerkungen S. 3 ff.

buch [1]). Auf diese Streitfrage näher einzugehen, erübrigt sich, da sich zweifellos die Einigung aus zwei Willenserklärungen zusammensetzt, mithin also auf sie alle die Vorschriften Anwendung finden, die sich auf Willenserklärungen beziehen. Zu diesen Vorschriften gehören aber auch die in dieser Arbeit in erster Linie interessierenden Bestimmungen über die Vertretung. (§§ 164 ff. BGB.)

§ 2. Die Interessenregelung des BGB. bei der Stellvertretung. — Unmöglichkeit einer Regelung entsprechend den „Normalinteressen" aller drei beteiligten Personen.

Das geltende bürgerliche Recht hat seinem ganzen System und Aufbau nach die Tendenz, dem einzelnen Individuum im Rahmen der gesetzlichen Höchstgrenzen eigene Verantwortlichkeit, aber auch freie Willensbestimmung bei der Gestaltung seiner Interessen zu geben. Es herrscht hier das Prinzip der Privatautonomie der Partei, die Idee der rechtlichen Persönlichkeit im Individuum und in der Gesamtheit.

Mit dem Begriff des Rechtsgeschäfts ist ein dem freien Entschluß des Einzelnen gemäßer Tatbestand geschaffen worden, dessen Rechtsfolgen Folgen des Parteiwillens und der Parteibestimmung sind. „Im Rechtsgeschäft nehmen die Parteien selbst die entscheidende Interessenabwägung vor [2])". Natürlich sind von der Rechtsordnung auch für das Rechtsgeschäft Normen aufgestellt, innerhalb deren das Rechtsgeschäft gilt. Denn ganz allein auf den Parteiwillen kann es nicht ankommen, sondern der Parteiwille kann immer nur innerhalb eines gewissen Rahmens, nämlich innerhalb der für Rechtsgeschäfte geltenden objektiven Rechtsnormen, rechtliche Wirkung haben [3]).

Eine dieser für die Rechtsgeschäfte geltenden Normengruppen ist die der Stellvertretung. Der Sinn und das Wesen der Stellvertretung besteht darin, daß ein zur Vertretung Befugter für den Vertretenen gewollte Rechtswirkungen herbeiführt. W a n n diese Rechtswirkungen eintreten, hat der Gesetzgeber in den §§ 164 ff. BGB. geregelt, aber o b sie eintreten, hängt nicht von einer bestimmten typischen

[1]) Uns erscheint dieser Grund nicht stichhaltig, da die im BGB unter dem Titel „Vertrag" zusammengefaßten Normen stets nur auf die aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen bestehende Einigung und nicht auf das die Rechtswirkung mit herbeiführende reale Moment angewendet werden. Wir halten daher, uns der herrschenden Lehre anschließend, die Einigung für einen Vertrag.

[2]) Manigk im H. d. RW. Art. Interessenjurisprudenz S. 312.

[3]) H e ck, Grundriß, Anhang Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz, der für die „Interessenforschung" eintritt, hebt besonders hervor (§ 1 a. E.), daß zwar die Mannigfaltigkeit der Interessenlagen sich einer erschöpfenden Regelung durch den Gesetzgeber entziehe, daß es sich jedoch bei interessengemäßer Normgewinnung nur um die richtige Ausführung und Ergänzung eines bestehenden gesetzlichen Gebots handeln dürfe, wobei stets die Interessenwirkung der vorhandenen Rechtsnormen berücksichtigt werden müßten. Die Ansicht H e ck s geht also dahin, daß zwar die Gewinnung neuer, ergänzender Normen entsprechend den Interessenlagen unbedingt erforderlich ist, daß aber diese neu gewonnenen Rechtsnormen nicht Interessenlagen in einem bestehenden Gebotsnormen entgegengesetzten Sinne regeln dürfen.

Lagerung der Interessen der drei Beteiligten, sondern von dem freien Entschluß der das Rechtsgeschäft tätigenden Personen ab.

Infolge dieses Grundsatzes muß es auch dem Vertreter, dem eine Sache übereignet werden soll, bei dem Rechtsgeschäft des dinglichen Vertragsabschlusses mit dem Veräußerer gestattet sein, mit diesem vereinbaren zu können, daß er, der Vertreter selbst, die Sache übereignet erhält, obwohl er dem Vertretenen gegenüber verpflichtet ist, direkt für diesen zu erwerben. „Alle im Interesse des Mandanten aufgestellten Billigkeitsrücksichten scheitern an dem Prinzip, daß es jedermann überlassen bleiben muß, ob er eine Obligation erfüllen will oder nicht. Zur Erfüllung wird eine Handlung nur durch den Willen des Handelnden selbst, nicht durch die — zufällige — Uebereinstimmung der tatsächlichen Handlung mit der durch den Auftrag auferlegten [1])".

Im heutigen bürgerlichen Recht sind die Normen über die Stellvertretung gemäß den §§ 164 ff. im Sinne einer sogenannten offenen Stellvertretung, wie folgt, geregelt: Vom Gesetz wird nur der als Stellvertreter behandelt, der mit eigenem Willen [2]) seinem Kontrahenten erklärt, er schließe das Geschäft für einen anderen, nämlich den Vertretenen, ab. Dann entstehen sämtliche Rechtswirkungen in der Person des Vertretenen, sofern der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehandelt hat. § 164 Abs. I, Satz 1.

Das Kriterium für die offene gesetzliche Stellvertretung ist also neben der erforderlichen Vertretungsmacht, die das rechtliche „Können" darstellt [3]), das Hervortreten des Handelns im fremden Namen durch eine Willenserklärung des Vertreters gegenüber dem Drittkontrahenten. Diese Erklärung braucht nicht ausdrücklich im Namen des Vertretenen abgegeben zu sein, sondern es genügt, wenn die Vertretungsbeziehung aus den Umständen sich ergibt. § 164 Abs. I, Satz 2.

Im Gegensatz zu dieser offenen unmittelbaren Stellvertretung steht die sogenannte mittelbare, indirekte Stellvertretung, auch verdeckte Stellvertretung genannt, die jedoch keine Stellvertretung im Sinne des BGB. ist. Hier schließt der Ersatzmann [4]) (stiller Vertreter) zwar auch im Interesse eines von ihm Vertretenen mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft ab, aber nicht im Namen des Vertretenen, — auch nicht so, daß aus irgend welchen Umständen sich seine Vertretereigenschaft ergibt, — sondern im e i g e n e n Namen, daß ihn selbst also die Rechtswirkungen des Geschäftsabschlusses treffen sollen. Zur Uebertragung der Rechtswirkungen auf den Vertretenen ist bei der indirekten Stellvertretung dann ein neuer Rechtsakt erforderlich: z. B. muß zum Eigentumserwerb des Vertretenen eine zweite Uebertragung zwischen Ersatzmann und Vertretenen erfolgen.

---

[1]) Manigk, Willenserklärung, S. 390.
[2]) im Gegensatz zum Boten, vgl. Enneccerus a. a. O. § 166, I, 1.
[3]) vgl. v. Tuhr, allg Teil, II, 2, § 85 II, S. 385.
[4]) Der Ausdruck stammt von Ihering in Ih. Jhrb. Bd. 1. S. 273 ff.

Würde man unter Nichtberücksichtigung der gesetzlichen Vorschriften rein materialistisch die Interessen der drei bei einem durch Stellvertretung vorgenommenen Rechtsgeschäft Beteiligten betrachten, so würde sich für den Fall, daß der Vertretene einen mit Vollmacht ausgestatteten Vertreter beauftragt hat, für ihn eine Sache käuflich zu erwerben, wohl folgende Lagerung der Interessen ergeben:

Das Hauptinteresse des Vertretenen ist darauf gerichtet, so schnell wie möglich die Sache übereignet zu erhalten, gleichgültig, ob er beim Zustandekommen des obligatorischen Kaufvertrages und des dinglichen Uebereignungsvertrages durch den Vertreter erwähnt wurde oder nicht.

Dem Veräußerer wird bei Realgeschäften des täglichen Kleinverkehrs sehr oft gleichgültig sein, was sein Vertragspartner später mit der zu veräußernden Sache anfängt. Aber meist wird er das Eigentum an seinen Gläubiger aus der dem Uebereignungsgeschäft zugrunde liegenden Obligation übertragen wollen. Denn für den Veräußerer ist die Kenntnis der Person seines Gläubigers deshalb wichtig, weil er nur durch Leistung an ihn von seiner Obligation frei werden kann und die Leistung gerade in der Eigentumsübertragung besteht. — Deutlicher wird das Interesse des Veräußerers an der Person seines Gegners, wenn man den natürlichen Zusammenhang zwischen Kausalgeschäft und dinglicher Veräußerung bei der Causa credendi und der Causa donandi betrachtet: Hier hat der Tradent neben dem schuldrechtlichen Interesse häufig noch ein menschliches Interesse, zu wissen, wer die Sache zu eigen bekommt. Es kann viel für den Veräußerer daran liegen, eine ihm mißliebige Person von dem Erwerbe auszuschalten, oder umgekehrt, die Sache nur in bestimmte Hände gelangen zu lassen.

Infolgedessen kommt es dem Veräußerer auf Durchsichtigkeit und Klarheit der Verhältnisse an: Er muß wissen, ob er es mit einem Vertreter, der für einen anderen die zu veräußernde Sache erwirbt, zu tun hat, oder ob sein Kontrahent selbst Eigentümer wird.

Da dem Tätigwerden des Vertreters in der Regel ein Dienstverhältnis oder ein Auftrag des Vertretenen zugrunde liegt, für diesen Eigentum zu erwerben, wird der Vertreter zumeist in Erfüllung dieser seiner Verpflichtung für den Vertretenen Eigentum erwerben wollen. Jedoch in jedem Falle besteht für den Vertreter die Möglichkeit, für sich selbst das Eigentum zu erwerben, etwa, weil ihm eine Sache, die er für den Vertretenen erwerben sollte, persönlich gut gefällt. Dann handelt er allerdings nicht mehr als Vertreter.

Während man also bei dem Vertretenen und dem Veräußerer ein gewisses „Normalinteresse" feststellen kann, ist dies bei dem Vertreter nicht möglich. Daraus, daß der Vertreter dem Vertretenen gegenüber meist obligatorisch verpflichtet ist, für ihn zu handeln, ergibt sich noch nicht, daß dieser nun auch wirklich „als Vertreter" auftritt.

Weil sich für alle drei an der Figur der Stellvertretung Beteiligten „typische" Interessen nicht ermitteln lassen, sondern für den Vertreter bald Handeln für den Vertretenen, bald Handeln für sich selbst günstig erscheinen kann, ist eine prinzipielle Regelung des Instituts der Stellvertretung nach einer „objektiven" oder „normalen" Lagerung der drei Interessensphären zueinander unmöglich.

Aber ganz abgesehen von der Unmöglichkeit dieser Regelung mangels eines hinreichend typischen Interesses des Vertreters würde eine solche einen erheblichen Rückschritt in der gesamten privatrechtlichen Dogmatik bedeuten. Ausschlaggebend würden rein wirtschaftliche, verflachende Interessenabwägungen sein, und das Eintreten der Rechtswirkungen wäre allein davon abhängig, daß die Beteiligten, vielleicht zufällig, den äußeren Tatbestand der vorgeschriebenen „typischen Interessenlagerung" erfüllt hätten; obwohl vielleicht einer der Beteiligten eine ganz andere Geschäftswirkung erzielen wollte. Das Recht würde so technisiert und ein Zustand der Willensunfreiheit im Rechtsverkehr geschaffen im Gegensatz zu dem Grundsatz des § 133 BGB.

Indem das Gesetz nur die sogenannte offene Stellvertretung als echte Vertretung mit direkten Rechtswirkungen für den Vertretenen anerkennt, regelt es die Interessenlage so, daß der Drittkontrahent (Veräußerer) durch dieses Offenheitsprinzip geschützt wird, während die Erfüllung der Interessen des Vertretenen von dem Willen des Vertreters abhängt. Das Gesetz stellt also auf völlig klare Verhältnisse ab: Die beiden Kontrahenten (Drittkontrahent und (stiller) Vertreter) werden als Vertragsparteien behandelt, wenn nichts von einer Vertretereigenschaft erwähnt wird und sich eine solche auch nicht aus den Umständen ergibt. Nur wenn der eine Kontrahent (der Vertreter) zu erkennen gibt, daß er im Namen eines anderen (des Vertretenen) handelt, tritt die Vertragswirkung bei dem anderen ein.

Das geltende Recht schützt aber die Interessen des Drittkontrahenten in noch höherem Maße. Es kann vorkommen, daß der Vertreter bei Vertragsabschluß mit dem Drittkontrahenten zwar für den Vertretenen handeln will, dieser Vertretungswille aber nicht erkennbar geworden ist. Dann statuiert der Abs. II des § 164 BGB, daß dieser nicht erkennbar gewordene Vertretungswille rechtlich unerheblich bleibt nach dem Grundsatze, daß der nicht erklärte und nicht erkennbare Wille niemals positive Wirkungen erzeugen kann.[1]) Dieser Absatz

[1]) Hieran knüpft sich die Frage, ob der Vertreter seine Erklärung, da diese mit seinem inneren Willen divergiert, gemäß § 119 BGB. anfechten kann, oder ob der § 164 Abs. 2 diese Anfechtung ausschließen will. Die herrschende Meinung verneint die Anfechtungsmöglichkeit, während man sie m. E. mit Manigk (Willenserklärung S. 168 ff, Irrtum S. 92 bes. N. 3 u. S. 151 ff.) bejahen muß: denn der Abs. 2 ist nur als eine Auslegungsregel für die Willenserklärung des Vertreters aufzufassen derart, daß bei ihrer Auslegung nur die dem Drittkontrahenten erkennbaren Umstände berücksichtigt werden dürfen. Es fehlt ein durchgreifender Grund für die herrschende Auslegung des Abs. II. Dagegen erklärt sich der Umstand, daß Abs. II. die Unerheblichkeit des nicht erkennbaren Willens ausdrücklich anordnet, aus dem

spricht das Offenheitsprinzip nochmals klar aus und schützt den Drittkontrahenten vor dem Eintreten eines Partners in das Rechtsverhältnis, der zwar dem Willen des Vertreters entspricht, mit dem der Drittkontrahent aber infolge des nicht erklärten Vertretungswillens niemals rechnen konnte und vielleicht niemals kontrahieren wollte. [1]).

§ 3. Das Problem. — Ablehnung unbrauchbarer Grundprinzipien für die Stellvertretungslehre. Der praktisch wichtige Fall des Miteigentums beim Sammeldepot.

Im täglichen Leben kommt es sehr häufig vor, daß ein Vertreter für einen Vertretenen handelt, ohne daß seine Vertretereigenschaft erkennbar wird; und zwar geschieht dies vor allem deshalb nicht, weil das Erkennbarwerdenlassen des Vertretungswillens gegenüber dem Drittkontrahenten nicht üblich ist. Es würde den Geschäftsbetrieb des heutigen, schnellen Verkehrsleben ungeheuer aufhalten, wenn der Vertreter in jedem Fall dem Drittkontrahenten auseinandersetzen würde, daß er das Geschäft nicht für sich, sondern für einen anderen vornehmen will. Wir haben es also hier mit Fällen von Vertretung zu tun, in denen die Rechtsfolgen des Geschäfts in der Person des Vertreters eintreten, nicht, weil er mit Absicht sein Handeln für den Vertretenen verschwiegen hat, sondern weil sich der Vertreter mangels Erkennbarkeit seiner Vertretereigenschaft auch bei entgegengesetztem eigenem Willen gemäß Abs. 2 des § 164 BGB. als Vertragspartei behandeln lassen muß [2]). Diese Eigenwirkung des Rechtsgeschäfts in der Person des Vertreters dem Offenheitsprinzip des § 164 BGB. entsprechend steht für die gesamte Wissenschaft und Rechtsprechung hinsichtlich der obligatorischen Kausalbeziehungen fest [3]). Die Frage, ob die auf das

---

Bestreben, das Prinzip der offenen Stellvertretung durch diesen Satz gegenüber früheren Theorien zu fixieren. Ferner sprechen sich Dernburg a. a. O. §. 169 Anm. 9 und Schloßmann Bd. II. § 52 für die Anfechtung aus.

[1]) Eck a. a. O. S. 179 ff, David a. a O. S. 506 ff. und Brach a. a. O. S. 558 nehmen an, daß die Bedeutungslosigkeit des nicht erklärten Vertretungswillens nur für den Vertreter gelte, nicht aber für den Drittkontrahenten, sodaß also infolge des inneren Willens des Vertreters ein Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritkontrahenten zustande gekommen sei und dieser sich nun an zwei Gegner, den Vertretenen und den Vertreter, halten könne. Ein nicht angängiges Resultat, das durch die Nichtbeachtung des Grundsatzes: ein Rechtsgeschäft kann niemals positive Wirkungen auf Grund eines für den Gegner nicht erkennbaren Willens haben, zu einer unmöglichen Duplizität des Eigentums führt. Vergl. hierzu Manigk, Willenserklärung S. 155 ff., Enneccerus a. a. O. § 167 N. 4 und Jeroschewitz a. a. O. § 13.

[2]) Bruns a. a. O. S. 4 hat für diesen Fall der mittelbaren Stellvertretung, bei der der Vertreter die Eigenwirkung des Rechtsgeschäfts nicht absichtlich gewählt hat, sondern diese nur wegen der Existenz des Abs 2 des § 164 BGB eingetreten ist, den Ausdruck „Subsidiäre Interessenvertretung" vorgeschlagen im Gegensatz zu der von dem Vertreter gewollten Eigenwirkung, die er „primäre Interessenvertretung" nennt. Jedoch haben sich diese Bezeichnungen nicht durchgesetzt.

[3]) Vergl. F Leonhard a. a. O. S. 6. ff., Planck-Flad Bd. I § 164. Bem 2, Crome a. a. O. S. 453 ff., Oertmann § 164 1d, Rosenberg a. a. O S. 3. ff., Dernburg Bd. I § 168 Anm. 9, Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 206 u. 237.

Kausalgeschäft folgenden dinglichen Leistungsgeschäfte, also auch die Uebertragung und der Erwerb des Eigentums, ebenfalls dem Offenheitsprinzip unterworfen werden sollen, ist äußerst umstritten. Eine große Anzahl von Schriftstellern [1]) will von der Anwendung des § 164 BGB. in den Fällen, in denen dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist, absehen, davon ausgehend, daß sehr häufig ein dringendes Bedürfnis zum direkten Eigentumserwerbe des Vertretenen bestehe. Die beiden Hauptfälle, die immer zum Nachweise der Schutzbedürftigkeit des Vertretenen herangezogen werden, sind folgende: Es wird als unpraktisch und unbillig empfunden, daß der Vertretene nicht nach § 771 ZPO. intervenieren kann, wenn ein Gläubiger des Vertreters die diesem vom Drittkontrahenten übereignete Sache gepfändet hat, und zum anderen, daß die Sache bei einem Konkurse des Vertreters in die Konkursmasse fällt.

Auf die Lösung dieser praktischen Fälle kommt es uns an, aber auch auf die Beantwortung der Grundfrage: Wer erwirbt unmittelbar Eigentum, wenn ein Beauftragter entsprechend dem Lebensgebrauch im eigenen Namen mit einem Dritten ein Uebereignungsgeschäft abgeschlossen hat, der Auftraggeber (Vertretener) oder der Beauftragte (Vertreter)? Es ist also zu prüfen, wie man im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften diesen Interessen des Vertretenen gerecht werden kann, da heute kein Zweifel mehr daran bestehen kann, „daß, wo Rechtsprinzipien gesetzlich geregelt sind, Durchbruch von anders gerichtetem entgegengesetztem Interessenrecht nicht in Frage kommt, sofern es sich um Rechtsanwendung handelt" [2]).

Daher ist die Ansicht Bruns [3]) von vorn herein abzulehnen, weil er der Rechtsordnung nicht zutreffende Rechtsprinzipien unterstellt. Er behauptet, beim Eigentumserwerb durch Stellvertretung komme es nicht auf das Prinzip des im fremden Namen Handelns an, sondern grundsätzlich solle der Eigentum erwerben, der die wirtschaftlichen Opfer für den Erwerb gebracht hat. Dieses Prinzip sei in den Bestimmungen über das eheliche Güterrecht [4]) ausdrücklich festgestellt, und es handele bei dieser Regelung nicht, wie die h. M. behaupte, um Ausnahmebestimmungen.

Bei dieser „Opfertheorie" würde ein dem Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem angehöriges Element entscheidende Bedeutung gewinnen, die es nach der lex lata nicht hat. Es würde

---

Schloßmann a. a. O. Bd. II. S. 343, Isay a. a. O. S. 324 ff. u. Jung in Iher. Jhrb. 69 S. 82 ff.

[1]) R. Leonhard a. a. O. S. 467, Planck-Flad Bd. I § 164 5b, Bruns a. a. O. S. 5, Oertmann § 164 1e, RGR– Kom. § 164, 3, Weber a. a. O. S. 76, Lehmann a. a. O. S. 273, Rümelin im Arch. Ziv. Pr. Bd. 93 S. 231 ff., Lenel a. a. O. S. 54 u. andere mehr.

[2]) Manigk, im H. d. RW. Art. Interessenjurisprudenz S. 312.

[3]) Bruns a. a. O. S. 7.

[4]) §§ 1381, 1525, 2, 1550, 2, u. 1438, 2 BGB.

z. B. beim Erwerb des Kommissionars die Frage nach dem Besitzer und Eigentümer verschieden beantwortet werden müssen, je nachdem der Komissionär Deckung erhalten hat oder nicht. Außerdem haben nach Bruns' Meinung die allgemeinen Vorschriften über die Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen, zu denen auch der § 164 BGB. mit dem in ihm statuierten Offenheitsprinzip gehört, nicht für alle Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte Geltung, sondern nur soweit, „als die Natur der jeweils in Frage stehenden Willenserklärungen eine solche Anwendung ertragen." [1]) Damit kommt Bruns systematisch zu verschiedenen Arten von Willenserklärungen und Rechtsgeschäften. Für die einen sollen die Vorschriften des allgemeinen Teils gelten. Welche Rechtsvorschriften für die anderen, zu denen er anscheinend das Rechtsgeschäft der Eigentumsübertragung rechnet, gelten sollen, gibt Bruns nicht an.

Die Bruns'sche Lehre ist als mit dem Gesetz nicht vereinbar für die Lösung der gestellten Frage nicht brauchbar.

Ein praktisch bedeutsamer Sonderfall, in dem die „Interessenlage" den unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen unbedingt fordert, ist der des Uebergangs des Eigentums auf die am Sammeldepot einer Girobank Beteiligten. Die Frage ist von Hans Schumann [2]) eingehend behandelt worden. Rechtlich ist beim Effektengiroverkehr einmal der Uebergang des Eigentums an den eingelieferten Stücken vom Hinterleger auf die bereits am Sammeldepot Beteiligten zu erklären und zum andern der Uebergang eines Miteigentumsanteils an dem vorhandenen, um die Neueinlieferung erhöhten Sammeldepotbestand von den bisher Beteiligten auf den neuen Hinterleger verständlich zu machen.

Es ist zwischen dem einfachen und dem erweiterten Effektengiroverkehr zu unterscheiden. Beim erstgenannten erklärt der hinterlegende Bankkunde persönlich der Effektengirobank gegenüber, den bereits am Sammeldepot Beteiligten Miteigentum an den zu hinterlegenden Stücken übertragen zu wollen, und die Bank nimmt als Stellvertreterin für die Beteiligten die Erklärung an. Andererseits erklärt die Girobank namens der Beteiligten, dem neuen Hinterleger einen seiner Einlieferung entsprechenden Depotanteil übertragen zu wollen. Diese Erklärung nimmt der Hinterleger stillschweigend an. In diesem Fall macht der unmittelbare Eigentumserwerb sowohl des Hinterlegers wie auch der übrigen am Sammeldepot Beteiligten keinerlei Schwierigkeiten, wohl aber beim erweiterten Effektengiroverkehr. Bei diesem liefert der Kunde nicht selbst die Stücke bei der Girobank ein, sondern er gibt sie an seinen Bankier, und erst dieser oder gar eine weiter da-

---

[1]) A. a. O. S. 7.
[2]) a. a. O. S. 1186 ff.

zwischengeschaltete Bank übermittelt die Effekten der Girobank, ohne den Namen des Kunden zu nennen. Denn beim erweiterten Effektengiroverkehr werden die Verwahrungsverträge mit der Girobank von den einliefernden Banken im eigenen Namen geschlossen.

Schumann weist[1]) darauf hin, daß die Ansicht, auch hier die Girobank nur als Vertreterin der angeschlossenen Banken anzusehen und zu meinen, die Girobank nehme die Einigung namens dieser Banken an, die dann ihrerseits weiter die Einigung mit ihren Kunden vollziehen, zu keinem befriedigenden Ergebnis führe. Denn es werde den angeschlossenen Banken von der Neueinlieferung von Stücken zum Sammeldepot und damit von der Erhöhung des Miteigentumsanteils keine Mitteilung gemacht, sodaß sie nie erfahren würden, wann sie diese Anteile ihrerseits auf ihre Kundschaft weiter zu übertragen hätten. Wegen dieser Schwierigkeiten fordert Schumann einen unmittelbaren Rechtserwerb des Kunden. Auf die von Schumann vorgeschlagene Lösung soll an dieser Stelle noch nicht eingegangen werden, dies erfolgt erst weiter unten.[2]) Hier sollte nur an einem Sonderfall nochmals die Wichtigkeit des Problems vor Augen geführt werden.

B. Die Theorien, die das Offenheitsprinzip auf Grund der Interessenlage ablehnen und andere Kriterien für den unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen entscheiden lassen.

In folgenden Abschnitte sollen die Theorien auf ihre Gesetzmäßigkeit hin untersucht werden, die darauf hinauslaufen, die Anwendung des Offenheitsprinzips für die dinglichen Leistungsgeschäfte auszuschalten, weil angeblich die Interessenlage diese Anwendung nicht ertragen würde oder doch häufig ein unmittelbarer Eigentumserwerb des Vertretenen dringend notwendig wäre.

Wir finden hier drei große Theorien, nämlich die Kausaltheorie Lenels,[3]) die allerdings als überwunden angesehen werden darf, ferner die Theorie Rümelins, der das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem für den Eigentumserwerb entscheidend sein läßt und die Interessentheorie, nach der der Eigentumserwerb nicht von dem dem Dritten gegenüber erklärten Willen des Vertreters, sondern von dessen Gesamtverhalten abhängt.

---

[1]) a. a. O. S. 1192.

[2]) Im § 10 der Abhandlung.

[3]) Anhänger der Lenelschen Lehre sind vor allem Hupka, a. a. O. S. 72. ff., u. Regelsberger in Jh. Jhrb. Bd. 44. S. 393 ff. — Auch für v. Tuhr: zur Lehre von der Anweisung in Jh. Jhrb. Bd. 48 S. 47 ff., war früher für den Eigentumserwerb maßgebend, auf wessen Namen das Kausalverhältnis mit dem Drittkontrahenten abgeschlossen wurde. Später hat er in seinem „allgemeinen Teil" einen neuen Lösungsvorschlag der zur Erörterung stehenden Frage gemacht, der weiter unten behandelt werden soll.

§ 4. Die Kausaltheorie: Entscheidend ist das Kausalverhältnis zwischen dem Veräußerer und seinem obligatorischen Gegner.

Der Ausgangspunkt Lenels ist der, daß, „wenn die Rechtsordnung die Interessenlage berücksichtigt, ... die in bestimmt gearteten Fällen normalen, typischen Interessen ausschlaggebend“ [1]) sind. Er argumentiert folgendermaßen: Das Interesse einer Person an dem Erwerbe einer Sache ist in dem Abschluß einer Obligation zum Zwecke des Erwerbes mit dem Eigentümer der Sache zu erkennen. Dabei ist es gleichgültig, ob der Interessierte dieses obligatorische (Kausal)geschäft selbst abgeschlossen hat oder ob es von einem Vertreter im Namen des Interessierten abgeschlossen worden ist. Wenn also eine causa, die das typische Interesse des Geschäftsherrn am Eigentumserwerb dokumentiert, zwischen dem Geschäftsherrn und dem bisherigen Eigentümer besteht und andrerseits der Vertreter des Geschäftsherrn den Auftrag, das Eigentum für den Geschäftsherrn zu erwerben, annimmt, dann liegt nach Lenel in dieser Annahme des Auftrages die Unterordnung des Vertreters unter das Interesse des Geschäftsherrn. Infolgedessen erwirbt immer ein Vertreter, der im Auftrage eines anderen (des Vertretenen) aus einer diesen angehenden causa erwirbt, für den Vertretenen.

Konsequent fährt Lenel fort, daß, wenn der Vertreter im eigenen Namen, sei es auch im fremden Auftrage und Interesse, eine Erwerbskausa abschließt, diese causa typischerweise eigenes Erwerbsinteresse des Vertreters erkennen lasse. Da aber nach Lenel das Gesetz dem das Eigentum zuspricht, der ein typisches Interesse am Erwerbe zu erkennen gegeben hat, so muß notwendigerweise der Vertreter auf Grund eines ihn selbst bezüglichen Kausalverhältnisses Eigentum für sich selbst erwerben.

Zwar macht die Lenelsche Theorie den Eigen- oder Fremderwerb abhängig von der Frage, zwischen wem das Kausalverhältnis geschlossen ist, aber diese letzte Frage steht ganz im Belieben des Vertreters, sodaß letzten Endes auch nach dieser Theorie der Wille des Vertreters darüber entscheidet, wer das Eigentum erwirbt [2]).

Wegen der festen Verknüpfung des Kausalverhältnisses mit dem Eigenerwerb ist ein unmitterbarer Eigentumserwerb des Vertretenen in den Fällen, in denen der Vertreter mit dem Drittkontrahenten dem Lebensgebrauch nach im eigenen Namen abschließt, ohne allerdings selbst Eigentum erwerben zu wollen, unmöglich. Und doch ist dies gerade der Fall, in dem das angebliche Verkehrsbedürfnis einen direkten Erwerb des Vertretenen erheischt [3]).

Da die Lenelsche Lehre eine Lösung dieser Frage nicht bringen kann, sondern zu den gleichen Ergebnissen wie die gesetzliche Regelung kommt, — Fremderwerb bei Handeln des Vertreters im fremden

[1]) Lenel a. a. O. S. 54.
[2]) Vergl. hierzu Bruns a. a. O. S. 22.
[3]) Vergl. § 3 der Abhandlung.

Namen, Eigenerwerb bei Handeln des Vertreters im eigenen Namen, — bedeutet ihre Existenz keinen Fortschritt für die praktische Rechtsanwendung. Dadurch, daß sie an Stelle des gesetzlich festgelegten Offenheitsprinzips die Regelung des Eigentumserwerbs entsprechend dem Kausalverhältnisse setzt, verstößt die Theorie nicht nur gegen den Wortlaut der positiven Gesetzesbestimmung, sondern auch gegen die allgemeine Natur der Obligation, die immer nur persönliche Rechte erzeugt, niemals aber dingliche [1]).

Gewiß wird wohl sehr häufig der Gläubiger aus dem Kausalverhältnis Eigentum erwerben; aber nicht, weil — wie Lenel behauptet, — ein gesetzliches Prinzip dem Kausalgläubiger als dem typischen Interessenten am Erwerbe das Eigentum zuspricht. Ein solches Prinzip, bei dem die Rechtswirkungen mechanisch bei Erfüllung des äußeren Tatbestandes der typischen Interessenlagerung eintreten, paßt nicht zu den allgemeinen Gedanken des geltenden Rechts von der Freiheit der Persönlichkeit im Privatrecht.

Völlig unhaltbar ist die Kausaltheorie aber, weil sie im Gegensatz zu den positiven Gesetzesbestimmungen steht; nach dem Absatz 1 des § 164 BGB. muß ein Vertreter, selbst wenn er mit dem Drittkontrahenten im Namen des Vertretenen ein Kausalgeschäft geschlossen hat, selbst Eigentum an der zu leistenden Sache erwerben, wenn er und der Drittkontrahent über den Eigentumsübergang an ihn (den Vertreter) einig sind und ihm die Sache übergeben wird. Nach Lenel muß jedoch der Vertretene wegen des zwischen ihm und dem Drittkontrahenten bestehenden Kausalverhältnisses das Eigentum erwerben. Umgekehrt muß bei Anwendung des § 164 Abs. 1 BGB. der Vertretene Eigentum erwerben, wenn der Vertreter trotz einer ihn selbst berechtigenden causa erklärt, das Eigentum solle der Vertretene erhalten, während die Lenelsche Lehre notwendigerweise zu einem Eigenerwerb des Vertreters, der ausdrücklich das Gegenteil erklärt hat, kommt. Dieses Resultat widerspricht den Grundprinzipien der heutigen Rechtsordnung, daß nämlich rechtsgeschäftliche Wirkungen nicht gegen den ausdrücklich und unzweideutig erklärten Parteiwillen eintreten können.

§ 5. Die Theorie Rümelins: Entscheidend ist das Innenverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter.

Die Theorie Rümelins [2]) lehnt die Anwendung des Abs. 2. des § 164 BGB. für den Erwerb von Mobilien durch Stellvertreter ab, von der Voraussetzung ausgehend, daß es dem Trahenten einer beweglichen Sache in der Regel gleichgültig sei, ob der Erwerber für einen anderen Eigentum erwirbt. Die Offerte des Veräußerer ist nach dieser Lehre gerichtet an den, den es angeht. Eine genauere Unter-

---

[1]) Vergl. Manigk, Rechtsgeschäfte S. 372.
[2]) Rümelin, im Arch. ziv. Prax. Bd. 93, S. 131 ff.

suchung zeigt, daß Rümelin zu der Ausschaltung des Abs. 2 des § 164 BGB. durch folgende Gedankengänge [1]) kommt:

Zweifellos liege ein Handeln im fremden Namen vor, wenn die Parteien vereinbart haben, das Geschäft solle gelten für oder gegen A oder B oder C. Denn hier liege eine Erklärung vor, daß die Wirkungen für einen anderen als den Handelnden eintreten sollen. Die Frage sei nur noch, welche von diesen „bestimmten" Personen nun vertreten werde. Der Vertrag komme hier mit dem zustande, den er angeht [2]), ohne daß der Drittkontrahent wisse, wer es sei. — Gleichfalls liege ein gültiger durch einen Vertreter herbeigeführter Vertragsabschluß mit dem, den er angeht, vor, wenn der Geschäftsherr nur objektiv bestimmt sei, d. h. wenn zwar ein Geschäftsherr objektiv vorhanden sei, aber die beiden miteinander Verhandelnden oder wenigstens der Drittkontrahent noch nicht wisse, wer es sei. Stimme man soweit zu, so müsse man das gleiche Ergebnis für die Fälle anerkennen, in denen im Vertrage ausdrücklich unbestimmt gelassen werde, ob der mit dem Drittkontrahenten Verhandelnde selbst oder ein von ihm Vertretener Gegenkontrahent sein solle.

Als Beispiel hierfür führt Rümelin an, daß zwei Agenten, von denen sich der eine in New-York, der andere in Hamburg befindet, Verträge auf Grund der ihnen erteilten Vollmachten schließen. Um Telegrammgebühren zu sparen, telegrafiere der Offerent nur die Angebote ohne Namen, wobei sich unter diesen auch einige des Offerenten befänden. Auf diese Telegramme werden dann abgeschlossen. „Niemand wird wohl derartige Verträge als gegen § 164, Abs. 2 BGB. verstoßend für ungültig oder schlechterdings nur den Vertreter bindend erklären wollen. Denn ein Handeln im fremden Namen läßt sich ja ebenso wie in den erstgenannten Fällen, von denen ausgegangen wurde, nachweisen; es ist erklärt, daß möglicherweise in fremdem Namen gehandelt werde. Daß das alieno nomine agere mit voller certitudo erklärt sein müsse, auch wenn der Gegner eine Ungewißheit in bestimmter Richtung in Kauf nehme, ist nirgends gesagt [3])".

Nachdem Rümelin also ein nach seiner Meinung dem Abs. 2 des § 164 BGB. nicht widersprechendes, unbestimmtes Kontrahieren unter Offenlassen des alieno nomine agere herauskristallisiert hat, fragt er, in welchen Fällen dieses angenommen werden kann. Nach seiner Ansicht besteht diese Möglichkeit überall da, wo sich die Vertragspartner einander gleichgültig sind. Dies treffe bei schuldrechtlichen Verträgen

---

[1]) Ebenda, S. 219 ff.

[2]) Es ist das Verdienst E. Cohns, in einer umfassenden Schrift: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, (S. 11) darauf hingewiesen zu haben, daß es verfehlt sei, das Handeln für denjenigen, den es angeht, als eine Art des stellvertretenden Handelns anzusehen, wie es Rümelin, R. Leonhard a. a. O. S. 364 ff. und nach Rümelin fast sämtliche Schriftsteller, die sich mit der Frage beschäftigt haben, getan haben. Die Ausführungen Cohns werden weiter unten (in § 7 der Untersuchung) näher behandelt werden.

[3]) a. a. O. S. 224.

allerdings nur zum Teil zu: selbst bei den obligationsrechtlichen Geschäften, bei denen ersichtlich sei, der Drittkontrahent würde das Geschäft vielleicht mit einem anderen, z. B. auch mit dem Vertretenen abschließen, lasse sich nicht der Schluß ziehen, der Drittkontrahent erkläre, mit dem zu kontrahieren, den es angeht, sei das nun der ihm Gegenüberstehende oder ein anderer. Immerhin habe er ein Interesse zu wissen, mit wem er es zu tun habe. Nur wenn im Einzelfalle der objektive Sinn der Erklärung dem Vertreter gegenüber die Deutung zulasse, ich kontrahiere mit dem, den es angeht, lasse sich das unbestimmte Kontrahieren unter Offenlassen des alieno nomine agere annehmen. — Jedoch lasse sich für die sachenrechtlichen Geschäfte der allgemeine Satz aufstellen, bei der Tradition sei die Willenserklärung des Tradenten im Zweifel in dem Sinne auszulegen, du kannst für dich oder einen anderen erwerben.

Rümelin erkennt wohl an, daß jedesmal, wenn der Tradent ausdrücklich oder stillschweigend seinen Uebereignungswillen auf den Vertretenen oder den Vertreter erklärt, ein entgegengesetzter, nicht erklärter Wille des Vertreters unbeachtet bleibt, also der Abs. 2 des § 164 BGB. zur Anwendung kommt. Aber regelmäßig lautet nach seiner Meinung die Traditionserklärung: ich übergebe dir für dich oder einen anderen, den es angeht.

Die Frage, wie derjenige, „den es angeht", in all diesen Fällen zu ermitteln ist, in denen die Abmachung zwischen Tradenten und Geschäftsmittler den eben erwähnten, neutralen Sinn hat, mit anderen Worten, die Frage, wer denn nun das Eigentum erwirbt, beantwortet Rümelin dahin, daß der Erwerber rein objektiv zu bestimmen ist auf Grund des wahren zwischen Vertreter und Vertretenem zugrunde liegenden Verhältnisses [1]). Er kommt zu diesem Schluß, weil die Willenserklärung gegenüber dem Tradenten nicht ausschlaggebend sein kann, — sie lautet ja gerade, möglicherweise im fremden Namen zu handeln, — und weil der innere Wille des Vertreters unerheblich ist. Außerdem führt diese Lösung nach seiner Meinung zu den in der Praxis brauchbarsten Ergebnissen.

In dieser Lehre Rümelins sind mehrere grundlegende Fehler enthalten. Zweifach falsch ist nach unserer Ansicht der wichtigste Satz der Theorie: Weil dem Drittkontrahenten bei Traditionen die Person des Erwerbers regelmäßig gleichgültig ist, läßt seine Erklärung dem Vertreter gegenüber die Deutung zu, ich kontrahiere mit dem, den es angeht.

Zum ersten ist es nicht richtig, daß bei Traditionen die Gleichgültigkeit des Tradenten an der Person des Erwerbers die Regel bildet. Diese Ansicht ist zwar vielfach vertreten [2]), ist jedoch abzulehnen [3]). Wenn

[1]) a. a. O. S. 232 ff. insbes. S. 241.

[2]) Neben Rümelin stehen auf diesem Standpunkt Bruns a. a. O. S. 152, Weber a. a. O. S 76, F. Leonhard a. a. O. S. 31, wohl auch S. 38, vergl. aber S. 29—30, Regelsberger a. a .O. S. 405, Lenel a. a. O. S. 43 ff., insbes. S. 61 u. RGR. Kom. § 929 N. 3.

[3]) Vergl. Oertmann Kom. § 164, 1e β, v. Tuhr, allg. Teil II 2 § 84 S. 349, Jeroschewitz a. a. O. S. 63.

auch das Verfügungsgeschäft der Uebereignung, nachdem seine Wirkung eingetreten ist, keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien hinterläßt [1]), so wird es doch nicht um seiner selbst willen vorgenommen, sondern zu einem bestimmten Zwecke. Diese Zwecke (causae) werden im allgemeinen unterteilt in die causa solvendi, die causa credendi oder allgemeiner gefaßt obligandi und die causa donandi [2]). Zwischen dem Grund der Uebertragung und ihrer Wirkung besteht ein natürlicher Zusammenhang, den man bei der Beurteilung der Interessen des Uebertragenden nicht zerreißen darf. Es liegt auf der Hand, daß, wenn dem Tradenten bei der Schuldtilgung ein anderer als sein Gläubiger gegenübertritt, der Tradent ein sehr erhebliches Interesse an der Person des Erwerbes hat. Wäre ihm der Erwerber gleichgültig, so liefe er Gefahr, daß der ihm Gegenüberstehende selbst das Eigentum erwirbt und er, der Tradent, von seiner Verpflichtung, dem G l ä u b i g e r die Sache zu übereignen, nicht frei wird.

Genau so sind die Fälle gelagert, in denen die Uebertragung an einen Vertreter donandi oder obligandi causa erfolgt. Man denke nur an den Fall, daß A. mit B. abgemacht hat, er werde ihm ein Darlehn von RM 1000.— gewähren, und jetzt erscheint der C., um die RM 1000.— zu holen. Sollte da der A. nicht ein starkes Interesse daran haben, daß der B. die RM. 1000.— zu eigen erhält?

Man kann also den Satz aufstellen, daß in all den Fällen, in denen bei Bestehen eines Kausalverhältnisses zwischen A. und B. statt des B. als Empfänger der C. auftritt, der A. als Tradent an der Person des B. als des Erwerbers interessiert ist.

Aber m. E. muß mit der Einschränkung der Gleichgültigkeit des Veräußerers an der Person des Erwerbers noch weiter gegangen werden. Auch in vielen Fällen, in denen die an der Tradition beteiligten Personen mit denen des Kausalverhältnisses identisch sind, kann man nicht von einer Uninteressiertheit des Tradenten hinsichtlich des Erwerbers sprechen. Wenn auch der Inhalt des Eigentums an einer Sache darin besteht, neben der Ausschließung anderer von jeder Einwirkung auf die Sache mit ihr nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB.), wenn also auch dem Tradenten ganz gleichgültig sein wird, was der Erwerber mit der Sache anfängt, hat er doch an dem Eigentümer w e r d e n des Kausalgegners ein sehr großes Interesse. So pflegt es z. B. in der Regel bei schenkweiser Uebergabe dem Uebergebenden auf die Person des Empfängers anzukommen. Oder man denke an viele Fälle der Tradition zu Kreditzwecken, in denen dem Tradenten, ohne es besonders zum Ausdruck zu bringen, an dem Darlehnsnehmer als Erwerber persönlich gelegen ist. Schließlich gibt es eine große Anzahl von Geschäften solutionis causa, bei denen der

---

[1]) Vergl. v. Tuhr allg. Teil II 1 § 50 S. 176.

[2]) Vergl. v. Tuhr allg. Teil II 2 § 72 S. 77 ff. Enneccerus I 1 § 139 u. F. Leonhard a. a. O. S. 29.

befreiende Erfolg der Tradition davon abhängt, daß gerade dem Gläubiger im Kausalverhältnis das Eigentum an der Sache übertragen wird. Wenn z. B. B. Darlehnsnehmer des A. ist, so wird B. nur frei, wenn er an A als seinen Gläubiger das Geld zu Eigentum übergibt (oder an dessen Zessionar).

Es ist also nicht richtig, die Uninteressiertheit des Tradenten an der Person des Erwerbers bei der Übergabe auf Grund einer den Empfänger selbst berechtigenden causa aus der rechtlichen Natur des Eigentums zu folgern.[1]) Denn die Formulierung des Inhalts des Eigentums im § 903 BGB. setzt das Eigentümer sein voraus, also einen Zustand, den der Eigentümer beibehalten oder ändern kann, während es sich bei der Übereignung gerade um eine Handlung, ein Rechtsgeschäft dreht, durch das jemand erst Eigentümer werden soll.

Zum anderen muß abgelehnt werden, daß, selbst wenn dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist, er regelmäßig dem ihm gegenüberstehenden die alternative Traditionsofferte: du kannst für dich oder einen anderen erwerben, macht, daß er den animus ad incertam personam tradendi hat. Es wird hiermit dem Veräußerer, besonders wenn er seinen Kausalgläubiger vor sich hat, die — noch dazu stillschweigende — Abgabe einer Erklärung untergeschoben, an die er regelmäßig nicht gedacht hat, die aber auch nicht der Verkehrssitte entspricht. Es ist eine petitio principii, dem Veräußerer in folgendem Falle den animus incertus zu unterstellen: Der V. hat dem E. ein Buch verkauft und ist demgemäß verpflichtet, dem E. das Eigentum an dem Buche zu übertragen. Niemals ist zwischen V. und E. über die Existenz eines Dritten D. gesprochen worden, und aus keinem Umstande ist zu entnehmen, daß E. etwa für D. das Buch erwerben will. Dann kann doch dem V. nur darauf ankommen, von seiner Verkäuferpflicht frei zu werden, und er wird infolgedessen dem vor ihm stehenden E. Eigentum an dem Buche übertragen. Richtig ist, daß im vorliegenden Falle dem V. gleichgültig sein wird, was der E. mit dem Buch anfängt. Aber der V. wird wohl niemals auf den Gedanken kommen, daß er nicht seinem vor ihm stehenden Vertragspartner E., sondern möglicherweise einem anderen (D.), von dem er niemals gehört hat, das Buch angeboten hat, und daß dieser D. durch die Annahme durch E. das Eigentum erlangt hat.

Indem man den Offerenten mit dem animus incertus ausstattet, läßt man ihm eine Erklärung abgeben, die gegenüber der, die er abzugeben verpflichtet ist, erheblich umfassender ist; nämlich: ich biete dir für dich oder den es angeht, das Eigentum an, statt: ich biete dir das Eigentum an. M. E. ist es sehr bedenklich, den überhaupt nicht erkennbaren, nur in dem Tradenten schlummernden Faktor der Gleichgültigkeit dahin auszuwerten, daß der Tradent mehr erklärt, als

[1]) So Jeroschewitz a. a. O. S. 64.

er zu erklären verpflichtet ist. Denn der animus incertus stellt dem animus certus gegenüber ein Plus dar.

Nach Rümelin kommt der Traditionsvertrag auf Grund folgender zwei Erklärungen zustande: Der Tradent als Offerent erklärt: ich biete dir für dich oder einen anderen das Eigentum an; der Vertreter als Akzeptant erklärt: ich nehme an, möglicherweise für mich, möglicherweise für einen anderen. Rümelin will die Ausschaltung des Absatz 2 des § 164 BGB. damit rechtfertigen, daß der Wille, im fremden Namen zu handeln, dadurch erkennbar geworden sei, daß erklärt werde, möglicherweise im fremden Namen zu handeln. Dieser Satz ist aber ganz willkürlich. Warum sollte man nicht ebenso gut aus dem nach Rümelin für das Eintreten der Stellvertretungswirkungen genügenden Erfordernis des „möglicherweise im fremden Namen Handelns" das Gegenteil ableiten können: der Wille, im eigenen Namen zu handeln ist dadurch erkennbar geworden, daß erklärt wurde, nur möglicherweise im fremden Namen zu handeln?

Wenn der Akzeptant dem Tradenten seinen Vertretungswillen so mangelhaft erklärt, daß dieser nicht weiß, ob der Akzeptant als Vertreter fungiert oder nicht, dann ist das Kriterium der gesetzlichen Stellvertretung, das Handeln im fremden Namen, durch die in dieser Beziehung mangelhafte Erklärung nicht erkennbar geworden. Das alieno nomine agere muß immerhin mit solcher Bestimmtheit erklärt werden, daß der Erklärungsempfänger erkennen kann, was vorliegt: Stellvertretung und infolgedessen Fremdwirkung, oder im eigenen Namen Handeln und infolgedessen auch Eigenwirkung. Eine farblose Erklärung, möglicherweise in fremden Namen zu handeln, ist wohl eine Erklärung, jedoch keine solche, die als Stellvertretungserklärung mit den Rechtswirkungen der gesetzlichen Vertretung brauchbar ist. Infolgedessen ist die Ausschaltung des Abs. 2 des § 164 BGB. bei dem Vorliegen dieser Erklärung contra legem, da in der Erklärung eine Erkennbarkeit des Vertretungswillens, — auf die Erkennbarkeit kommt es nach diesem Absatz gerade an, — nicht zu finden ist.

Indem nun Rümelin die Rechtswirkungen des Traditionsvertrages in der Person des Vertretenen eintreten läßt, stellt er sich im Gegensatz zu der Grundregel, daß positive Rechtswirkungen einer Willenserklärung nur durch die Erklärung bestimmt werden können.[1]) Oben wurde dargetan, daß die Erklärung des Akzeptanten, möglicherweise für mich, möglicherweise für einen anderen über das Hervortreten des Vertretungswillens gegenüber dem Geschäftsgegner genau so wenig aussagt, wie wenn garnichts darüber erklärt worden wäre.[2])

Schließlich ist die Rümelinsche Lehre trotz ihres Hinweises auf

---

[1]) Manigk, Willenserklärung S. 156.

[2]) Diese Feststellung berührt sich mit derjenigen von Cohn, S. 12, daß das Handeln für denjenigen, den es angeht, nicht immer als eine Art des stellvertretenden Handelns angesehen werden kann.

die „Praktibilität der Resultate" in einem weiteren Punkte, nämlich in der Ermittlung dessen, „den es angeht," angreifbar und auch im Ergebnis unpraktisch. Sie bestimmt, wenn nicht ausdrücklich zwischen Offerent und Akzeptant das Gegenteil ausgemacht ist, die Person des Erwerbers rein objektiv nach dem wahren, zwischen dem Vertreter und Vertretenem bestehenden Verhältnisse.

Dieses interne Rechtsverhältnis kann aus dem gleichen Grunde wie das Nichthervortreten des Vertretungswillens gegenüber dem Tradenten nicht für die Wirkung des Vertretergeschäftes maßgebend sein: Das Kausalgeschäft zwischen Vertreter und Vertretenem ist nicht Bestandteil des Erklärungsgeschäfts bei der Tradition geworden. Nur alle dem Tradenten zugänglich gewordenen Erklärungsfaktoren und Umstände dürfen bei der Auslegung des Traditionsgeschäftes berücksichtigt werden. „Das jenseits dieser Grenze liegende Material ist für die Wirkung der Erklärung unerheblich . . . . Es wäre ein auffallender Widerspruch, die obligatorischen Wirkungen von diesen kausalen internen Beziehungen nicht abhängig zu machen, sie vielmehr dem Prinzip der Stellvertretung zu unterstellen, hingegen die dinglichen Wirkungen, die etwa Zug um Zug beim Realkauf zu dessen Erfüllung erzeugt werden, unter ein abweichendes Prinzip zu stellen." [1]) Dem Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem kann höchstens Indizkraft für den Vertretungswillen zukommen, [2]) niemals aber kann es durch seine Existenz eine Rechtswirkung des Vertretergeschäfts erzeugen.

Vor allem aber liegt ein großer Mangel der Rümelinschen Lehre, der sie zugleich praktisch unbrauchbar macht, in der Starrheit ihrer Auswirkungen. Es wird dem Vertreter unmöglich gemacht, trotz Abschlusses des Kausalgeschäfts auf seinen eigenen Namen, allerdings entgegen seiner Verpflichtung aus dem internen Rechtsverhältnisse mit dem Vertretenen, für sich selbst Eigentum zu erwerben. Nur wenn er bei der Tradition ausdrücklich erklärt, ich erwerbe für mich selbst, tritt Eigenerwerb ein.[3]) Das wird aber bei Vertragsparteien des täglichen Lebens so gut wie niemals zutreffen, daß die eine von ihnen, nachdem ein obligatorischer, sie selbst berechtigender Vertrag geschlossen worden ist, bei der Erfüllung desselben nochmals ausdrücklich betont, einen Eigenerwerb vornehmen zu wollen. Soweit reichen die juristischen Vorstellungsmöglichkeiten der Parteien nicht. Mangels dieser ausdrücklichen Erklärung des Vertreters erwirbt dieser nach Rümelin auf Grund des internen Verhältnisses immer für den Vertretenen, ein Ergebnis, das

---

[1]) Manigk, Willenserklärung, S. 466. Vergl. dazu auch v. Tuhr, allg. Teil II 2 § 84 S. 349 u. OLGE 20, 64.

[2]) Siehe auch hier Manigk, Willenserklärung, S. 590.

[3]) Zugleich zeigt sich an dieser Stelle, daß die Erfüllung der kausalen Verpflichtung, auf Grund deren die Vertreter mit dem Tradenten kontrahiert allein vom Erfüllungswillen des Vertreters und nicht von der Indentität der Handlungen abhängt. Manigk Anwendungsgebiete S. 40 ff. Das erkannte jetzt auch Enneccerus-Lehmann, II. 1. (1932) S. 224 an.

die Gestalt des Vertreters zu einem Werkzeug des Auftraggebers herabdrückt und zugleich zum Prinzip der Privatautonomie der Parteien in Widerspruch steht.[1])

Ebenso wie Rümelin bestimmen eine Anzahl von Autoren, gleichfalls ausgehend von der Uninteressiertheit des Tradenten an seinem Gegner und infolgedessen auch mit dem Geschäft für den, den es angeht, operierend, die Person des Erwerbers nachdem zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen bestehenden internen Rechtsverhältnisse. Hierher sind zu rechnen vor allem Endemann,[2]) Stintzing,[3]) Hölder[4]) und auch Bruns[5]). Bezüglich des Nachweises der Unhaltbarkeit dieser Lehren kann auf die gegen Rümelin angeführten Gründe verwiesen werden.

§ 6 Die Interessentheorie. (R. Leonhard, Oertmann, H. Lehmann.)

Eine Reihe von Schriftstellern meint, das Kriterium für die Feststellung der Person des Erwerbers in dem Verhalten des Vertreters suchen zu können. Sie haben erkannt, daß das Kausalverhältnis zwischen Tradent und Vertreter und auch nicht das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem nicht grundsätzlich ausschlaggebend ist, daß diese Rechtsbeziehungen vielmehr nur als Indizien für die Auslegung des vermutlich betätigten Vertretungswillens verwendet werden können. Gemeinsam mit Rümelin und seinen Anhängern sind sie der Meinung, daß in den Fällen, in denen dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist, die Traditionsofferte dem, den es angeht, gemacht wird.[6]) Einige von ihnen halten wie Rümelin bei den dinglichen Rechtsgeschäften die Unteressiertheit des Veräußerers für die Regel,[7])[8]) andererseits führt aber besonders Oertmann treffend aus, daß von einer regelmäßigen an der Person des Erwerbers bestehenden Gleichgültigkeit des Tradenten nicht die Rede sein könne.

Der Erwerber ist nach H. Lehmann[9]) „auf Grund der sonstigen Willensäußerungen und des ganzen Verhaltens des Vertreters zu ermitteln", was wohl der Oertmannschen Formulierung entspricht[10]):

---

[1]) Vergl. auch Cohn, S. 165, der auf Beselers Bemerkung in der DJZ 1912, S. 897 hinweist, daß man bezgl. dieser Lehre von einer „Zwangsvertretung" sprechen müsse. Vergl. ferner Eichler, a. a. O. S. 32.

[2]) Endemann, a. a. O. § 80 Ziff. 2a Nr. 3.

[3]) Stintzing, a. a O. S. 144 ff.

[4]) Hölder, a. a. O. Erl. 2 zu § 164, S. 357.

[5]) Bruns, a. a. O. S. 31.

[6]) Vergl. Oertmann a. a. O. § 164, le β, Lehmann, a. a. O. S. 273, RGR. Kom. § 929, N. 3, Weber a a. O. S. 76, R. Leonhard a. a. O. S. 364 ff., Langen a. a. O. S. 98. Auch Cohn a. a. O. S. 163/164, wenn auch in beschränktem Umfange.

[7]) RGR. Kom., Weber u. Langen.

[8]) Gegen sie gilt das oben gegen Rümelins Ansicht Dargelegte.

[9]) A. a. O. S. 273.

[10]) A. a. O. § 164, le β.

„es kommt dann auf den irgendwie zu ermittelnden Willen des Vertreters an, nicht nur auf den in der Erklärung niedergelegten, aber auch nicht auf den inneren, sondern auf den irgendwie zutagegetretenen Willen."

Auch dieser Versuch der Bestimmung des Erwerbers ist nicht überzeugend. Alle Autoren gehen davon aus, daß der Traditionsvertrag durch die beiden Erklärungen des Tradenten und des Vertreters zustande kommt. Bei der Auslegung der Erklärung des Vertreters können aber entsprechend den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen einer Willenserklärung nur die Umstände herangezogen werden, die dem Geschäftsgegner gegenüber ergeben, daß die Erklärung im Namen des Vertretenen erfolgen soll. Daß die — stillschweigende — Erklärung, möglicherweise im fremden Namen zu handeln, den Vertretungswillen nicht hinreichend dem Geschäftsgegner gegenüber dokumentiert, wurde bereits oben dargelegt. Der irgendwie zu Tage getretene Wille des Vertreters kann nicht in Betracht kommen, wenn er nicht Gegenstand der Erklärung geworden ist.

Die gleichen Gründe müssen natürlich auch zur Ablehnung der Ansicht führen, die die Person des Erwerbers entsprechend dem inneren Willen des Vertreters bestimmt [1]).

§ 7. Jeroschewitz' Lehre von der Annahme durch Willensgeschäft und Cohns Theorie vom rechtsgeschäftlichen Handeln unter Offenhaltung der Person des beteiligten Subjekts.

Den Fehler, die Vertretungswirkung auf Grund der Erklärung des Vertreters eintreten zu lassen, obwohl in dieser Erklärung der Vertretungswille nicht zum Ausdruck gekommen ist, versucht Jeroschewitz [2]) auf folgende Art und Weise zu vermeiden:

Die in der Einigung zu äußernde Willensübereinstimmung müsse sich auf den Gegenstand der Uebergabe und auf die Person des Erwerbers erstrecken. In sehr vielen Fällen, jedoch nicht in der Regel, sei dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig. Dann erkläre der Tradent, ich übergebe Dir die Sache für Dich, falls Du aber nicht für Dich erwerben willst, übergebe ich Dir für einen von Dir Vertretenen. Es lägen also, sofern nicht ein gegenteiliger Wille des Tradenten erkennbar gemacht sei, zwei alternative Einigungsofferten vor. Aus dem alternativen Verhältnis dieser beiden Willenserklärungen des Tradenten zueinander ergebe sich das Recht des Empfängers zu wählen, welche der beiden Offerten er annehmen wolle, ob die für ihn als eine Selbstpartei, oder die für ihn als den Vertreter eines anderen gestellte. Aus der ganzen Sachlage könne der Empfänger den still-

[1]) Vergl. über die Anhänger dieser Meinung die sehr gute Zusammenstellung bei Jeroschewitz, a. a. O., §§ 14 u. 15.

[2]) a. a. O., S. 61 ff.

schweigenden Verzicht des Tradenten auf eine Erklärung darüber, welche der beiden Offerten er annehmen wolle, entnehmen: Infolgedessen erfolge die Annahme nicht durch Willenserklärung, sondern nach § 151 BGB. durch Willensgeschäft, bei dem der Geschäftswille nicht durch Erklärung, sondern sonstwie durch andere Anzeichen in die Erscheinung trete. Zwar erkläre der Akzeptant bei der Ansichnahme der dargebotenen Sache dem Tradenten stillschweigend, daß er die Sache annehme, denn dies erfordere das Interesse des Tradenten. Jedoch hinsichtlich der nur den Akzeptanten interessierenden Frage, welche der beiden Traditionsofferten er annehme, sei nichts, auch nicht konkludent erklärt. Die Annahme des Antrages komme also bei Verträgen zwischen Anwesenden beim Vorliegen des animus incertus des Antragenden ohne Erklärung, lediglich durch die Betätigung des Annahmewillens zustande.

Jeroschewitz kann, da die Vorschriften über die Stellvertretung allein für Willenserklärungen gelten, den § 164 BGB. auf die als Willensgeschäft erkannte Vertragsannahme nach § 151 BGB. nur analog anwenden. Er kommt nach eingehender Untersuchung[1]) bezüglich des Abs. 1 des § 164 BGB. in Anlehnung an Manigk zu einem bejahenden Ergebnis: Denn das Wesen „des Handelns im Namen des Vertretenen" sei nicht das Erklären der Absicht, für den Vertretenen zu wirken, sondern bedeute: Die Rechtswirkungen unmittelbar für den Vertretenen herstellen wollen. Dagegen sei eine auch nur analoge Anwendung des Abs. 2 des § 164 BGB. wegen der völligen Wesensverschiedenheit der Tatbestände unmöglich. Diese Norm spreche von dem Hervortreten des Willens, womit nur das Hervortreten gegenüber dem Gegner in einer an diesen gerichteten Willenserklärung gemeint sein könne.

Jeroschewitz' Lehre ist, so bestechend sie auf den ersten Blick zu sein scheint, dennoch anfechtbar.

Der erste Mangel liegt darin, daß es, wie bereits oben betont, zu weit geht, wenn er für all die Fälle, in denen dem Tradenten die Person des Erwerbers gleichgültig ist, die Regel aufstellt, der Veräußerer tradiere dem, den es angeht[2]). Unsere oben begründete Ablehnung soll noch durch einen weiteren, rechtspolitischen Grund gestützt werden.

---

[1]) a. a. O., S. 79 ff.

[2]) Diesen Satz erkennt Cohn (S. 163) in diesem generellen Umfange gleichfalls nicht an, sondern er führt – ähnlich den oben (S. 29) entwickelten Gedankengängen des Verf. – aus, daß die Tradition an denjenigen, den es angeht, in allen den Fällen eine unzulässige Willensfiktion sei, in denen der Veräußerer nach Lage der Sache garnicht auf den Gedanken kommen konnte, daß sein Gegner die Sache nicht für sich, sondern für eine dritte Person erwerben sollte und wollte. Vielmehr beschränkt Cohn die Annahme, daß dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig sei, auf die Fälle, „in denen typischerweise Personen, die zu direkter Vertretung beauftragt und bevollmächtigt sind, nach außen nicht als Vertreter aufzutreten pflegen." (S. 163, 164).

Es lassen sich durch den unmittelbaren Erwerb des Vertretenen Geschäftsformen für Schiebungen und Strohmannsgeschäfte erreichen, die die Rechtssicherheit im hohen Maße gefährden. Hierbei können verschiedene Variationen gebildet werden, je nachdem, ob der Schieber selbst das Kausalgeschäft tätigt und der nicht in die Erscheinung tretende Strohmann sofort das Eigentum erhält, oder ob der Schieber im Hintergrunde bleibt und einen Strohmann für den Abschluß des Kausalgeschäftes vorschiebt. Jeder Schieber, der sein gegenwärtiges Vermögen bereits auf einen Strohmann (z. B. die Ehefrau bei Gütertrennung!) übertragen hat, kann mit dem Geschäft für den, den es angeht, spielend erreichen, daß auch jeder künftige Erwerb unmittelbar an den Strohmann fließt. Mögen seine Gläubiger noch so sehr den Abschluß der Kausalgeschäfte des Schiebers auf eigenen Namen überwachen, um sofort zuzugreifen, ihr Zugriff wird jedesmal ohne Ergebnis sein. — Umgekehrt besteht die Möglichkeit, daß Schieber und vor allem Kettenhändler, die unauffällig einen Druck auf den Wirtschaftsmarkt durch Konzentration der Produkte in eigener Hand ausüben wollen, durch vorgeschobene Strohmänner auf deren Namen die Produkte aufkaufen lassen, während sie selbst unmittelbar das Eigentum daran erwerben. Wie leicht lassen sich mit dieser letzten Methode unauffällig ganze Geschäftszweige z. B. an mißliebige Ausländer verschieben.

Ferner erscheint die Anwendung des § 151 BGB. bei Abschluß eines Vertrages unter Anwesenden bedenklich. Wenn auch der Wortlaut des § nichts darüber enthält, daß er nur für Geschäfte unter Abwesenden gilt, so besagt dies aber der Sinn der Vorschrift. Der § 151 BGB. dient der Beschleunigung und Vereinfachung des Verkehrs, indem der Vertragsabschluß schon mit der Vornahme einer Annahmehandlung des Akzeptanten eintritt, wenn der Anfragende auf eine Annahmeerklärung verzichtet hat oder eine dahingehende Verkehrssitte besteht. „Man dachte garnicht an die Richtung der Handlung, sondern nur an den Moment ihrer Wirksamkeit [1]". Eine Beschleunigung der Annahme des Antrages kann aber nur bei Abwesenden durch diese Gesetzesbestimmung bewirkt werden. Da nach § 147 Abs. 1 BGB. unter Anwesenden Offerten nur sofort angenommen werden können, würde die in Satz 2 des § 151 BGB. enthaltene Fristbestimmung für diese Fälle eine Verlangsamung bedeuten. Eine Anwendung des § 151 BGB. auf Geschäfte unter Anwesenden ist, wie man hieraus ersieht, dem Sinn des Gesetzes zuwieder [2]).

Schließlich ist die Konstruktion der Annahme abzulehnen. Jeroschewitz sieht selbst ein, daß der Tradent nicht auf eine Annahme seines Antrages schlechthin verzichtet hat, sondern gibt zu, daß der Veräußerer ein Interesse an der Kenntnis der Annahme hat. Nur „an

---

[1]) Manigk, Willenserklärung, S. 373.
[2]) Vergl. auch Brodmann, a. a. O., S. 32.

wen" sich seine Offerte richtet, interessiert den Tradenten nicht, und nur auf die Kenntnis der Person des Erwerbers hat er verzichtet. — Jeroschewitz zerteilt nun den einheitlichen Akt der Annahme und läßt ihn sich durch zwei verschiedene Rechtsfiguren vollenden: Für die den Tradenten interessierende Annahme schlechthin gibt der Akzeptant die stillschweigende Willenserklärung: „Ich nehme an", indem er die Sache an sich nimmt. Hier wird also der § 147 Abs. 1 BGB. angewendet. Die Bestimmung der Person des Erwerbers wird zur gleichen Zeit mit der Abgabe der stillschweigenden Willenserklärung durch ein von dieser unabhängiges Willensgeschäft des Akzeptanten vorgenommen. Als Indiz dieses Geschäftswillens, für den Vertretenen zu erwerben, wird wohl mangels einer anderen Willensbetätigung ebenfalls das Ansichnehmen der Sache herhalten müssen. Hier wird der § 151 BGB. angewendet. So verfällt Jeroschewitz, um ein ihm erwünschtes Resultat, nämlich unmittelbaren Erwerb des Vertretenen ohne Erklärung des Vertretungswillens zu erzielen, in übertriebenen juristischen Konstruktivismus.

Unter Verwendung wesentlicher Gedankengänge der Lehre von Jeroschewitz kommt E. Cohn gleichfalls zu einem unmittelbaren Eigentumserwerb des Geschäftsherrn, ohne aber die als unrichtig gekennzeichnete Annahme gemäß § 151 BGB. unter Anwesenden zu benötigen.

Wie bereits erwähnt, meint Cohn, daß dem Veräußerer die Person des Erwerbers dann gleichgültig sei, wenn er mit einem Gegner kontrahiere, der, zu direkter Vertretung beauftragt und bevollmächtigt, typischerweise nach außen nicht als Vertreter aufzutreten pflege. In diesen Fällen geht nach Cohn[1]) der Wille des Veräußerers dahin, daß sein Verhandlungsgegner zu bestimmen habe, an wen die tradierte Sache gelangen soll. „Man darf — so führt er aus — das Einverständnis des Veräußerers mit dieser für den Gegner günstigen Regelung dann ohne weiteres unterstellen, wenn er ihr nicht ausdrücklich widersprochen hat." Die Lehre Cohns geht also dahin, daß in den eben erwähnten Fällen dem Mittler tradiert werde in der Form eines Abschlusses mit einem der Person nach erst zu bestimmenden Vertragsgegner, und daß dem Mittler darüber, wer der Eigentümer der tradierten Sache werden soll, die Bestimmung zustehe, ohne daß die Bestimmung dem Veräußerer gegenüber zu erfolgen brauche.

Der wichtigste Unterschied gegenüber der Theorie von Jeroschewitz ist der, daß Cohn nicht unbedingt das Handeln für denjenigen, den es angeht, als ein durch Stellvertretung zustande gekommenes Rechtsgeschäft ansieht, sondern das von ihm als Rechtsgeschäftliches Handeln unter Offenhaltung der Person des an dem Rechtsgeschäft beteiligten Subjektes[2]) definierte Tätigwerden des Mittlers der Lehre

---

[1]) a. a. O., S. 162.
[2]) a. a. O., S. 12/13.

von dem Inhalte oder Gegenstande des rechtsgeschäftlichen Handelns einordnet und den rechtlichen Vorgang dogmatisch zu unterbauen versucht.

Die Cohn'sche Lehre führt trotz ihres ausgezeichneten Aufbaues und ihrer in theoretischer Beziehung überaus wertvollen Untersuchungen praktisch zu keinem völlig befriedigenden Resultat. In konsequenter Durchführung seiner theoretischen Feststellungen kommt Cohn zu folgendem Ergebnis: Der Abschluß eines Geschäftes für denjenigen, den es angeht, stelle noch keine Setzung eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes dar, sondern es sei damit nur ein bestimmungsbedürftiger Zustand geschaffen worden, der erst durch das Hinzutreten eines weiteren Ereignisses, nämlich der Bestimmung des Subjektes zu einem Tatbestande mit Rechtsfolgen werde. Denn Inhalt und Bestandteil des gesamten Vertrages sei die dem Handeln für denjenigen, den es angeht, anhaftende Unsicherheit seiner endgültigen rechtlichen Bedeutung, weil sie sich bei einem gegenseitigen Vertrage sowohl auf die Bedeutung der vom Mittler abgegebenen Erklärung, als auch auf die mit dieser inhaltlich übereinstimmenden Erklärung des Vertragsgegners erstrecke[1]). Infolge dieser Unsicherheit werde das Geschäft erst mit der Bestimmung des Subjekts durch den Bestimmungsberechtigten, im Zweifel des Mittlers, wirksam.

Dieses Ergebnis gibt insofern zu Bedenken Anlaß, als solange, bis derjenige, den es angeht, bestimmt ist, das Geschäft überhaupt noch nicht wirksam ist, also eine gültige Uebereignung noch nicht erfolgt ist und das Eigentum, obwohl der Mittler die Sache bereits in Händen hat, noch dem schon besitzlosen Veräußerer zusteht. Hier zeigt sich genau wie bei Jeroschewitz, daß durch Konstruktion von rechtlichen Vorgängen, nachdem in hinreichendem Maße Unterstellungen bei den Parteierklärungen und Auslegungen vorgenommen sind, eine unmittelbare Tradition erreicht wird, daß aber die konstruierten Vorgänge den tatsächlich vorgenommenen Handlungen und den Absichten der Parteien des täglichen Lebens nicht entsprechen.

Eichler[2]) hebt bei der Kritik der Theorie Cohns hervor, daß hier eine Ausschaltung des Abs. II des § 164 BGB. contra legem nicht vorgenommen werde. Denn es handele sich bei der Cohn'schen Lösung überhaupt nicht um den Tatbestand des § 164 Abs. II, da durch die Offenhaltung des am Rechtsgeschäft beteiligten Subjektes dem Veräußerer der Wille, im fremden Namen zu handeln, erkennbar geworden sei. — Dieses Resultat wird jedoch nur dadurch erreicht, daß Cohn dem Veräußerer bei der Tradition die Abgabe einer stillschweigenden Willenserklärung dahin unterstellt, daß der Vertragsgegner die Person des Erwerbers erst bestimmen solle. Diese Unterstellung läuft aber, wenn auch auf eine geringe Anzahl von Fällen

---

[1]) a. a. O., S. 13.
[2]) Eichler, a. a. O., S. 54.

begrenzt, auf einen animus incertus hinaus, der dem der Rümelinschen unbefriedigenden Lehre sehr ähnelt. —

Wie wir bereits oben [1]) dargelegt haben, denkt im praktichen Leben der Veräußerer, selbst wenn ihm der Erwerber gleichgültig ist, nicht daran, daß er einem anderen, als dem vor ihm stehenden Vertragspartner tradiere. Damit muß juristisch gerechnet werden.

§ 8. Das Ergebnis der Untersuchung dieser Lehren.

Sämtliche in diesem Abschnitt behandelten Lehren haben versucht, um einem angeblichen Verkehrsbedürfnis abzuhelfen und einer besonderen Interessenlage gerecht zu werden, durch besondere „Auslegungen" der Parteierklärungen für das Traditionsgeschäft zwischen Drittkontrahenten und Vertreter den das Offenheitsprinzip in der Stellvertretung statuierenden Abs. 2 des § 164 BGB. zu beseitigen. Daß bei jeder der Lehren irgend ein Verstoß gegen eine der juristischen Grundregeln vorlag, haben wir bereits aufgezeigt. Die besonderen Gefahren liegen aber vor allem darin, daß einmal, um einen Einzelfall möglichst „praktisch" entscheiden zu können, von diesen Theorien auf Grund einer anderen als der im Gesetze vorgenommenen Interessenabwägung eine Verwischung des gesetzlichen Begriffs der Stellvertretung vorgenommen wird; zum anderen wird der seit dem Emporkommen der modernen kapitalistischen Wirtschaftsordnung vorhandenen Tendenz entgegengearbeitet, die Verkehrssicherheit durch Normen zu schützen, welche den Zusammenhang der Rechtsstellung des Drittkontrahenten mit ihm unbekannten und unerkennbaren internen Faktoren ausschalten und für ihn äußere Erscheinungen von Rechten und Rechtsverhältnissen als maßgebend erklären [2]).

Es kommt immer auf den Maßstab der Interessenabwägung an. Überall, „wo das Gesetz direkt oder indirekt eine Entscheidung gibt, hat es die Abwägung der Interessen selbst vorgenommen, und zwar in autoritativer, den Richter wie den Staatsbürger bindenden Weise." [3]) Wenn nun die erwähnten Schriftsteller das Offenheitsprinzip für die dinglichen Rechtsgeschäfte ausschalten, so erklären sie die im Absatz 2 des § 164 BGB. ausgesprochene bindende Entscheidung, die vornehmlich den Schutz des Drittkontrahenten bezweckt, insoweit für unanwendbar, setzen sich also über diese Entscheidung der lex lata hinweg und führen dafür willkürlich den angeblich nötigen, erhöhten Schutz des Vertretenen ein. Hierbei verkennen sie, abgesehen von dem Hindernis der lex lata, vollständig den dem freien Willen des Einzelnen parallel laufenden Risikogedanken: Wer sich einem anderen bei der Ausführung eines Geschäfts anvertraut, ist in gewissem Grade

---

[1]) S. 20.
[2]) Wellspacher, a. a. O., Einleitung, S. 7.
[3]) v. Tuhr allg. Teil I 1 Vorwort S. XI.

von dem guten Willen und den Fähigkeiten des anderen abhängig.[1]) Im geordneten Rechtsleben kommt es daher auf klare, durchsichtige Verhältnisse an. Der Geschäftsgegner muß nach Treu und Glauben wissen, mit wem er kontrahiert. Wenn der Beauftragte nicht als Vertreter auftreten will oder seine Vertreterstellung aus Vergeßlichkeit nicht erwähnt oder irrtümlicherweise annimmt, er habe sich in hinreichendem Maße als Vertreter ausgewiesen, während dies nicht der Fall war, so ist es nach unserem Rechtsempfinden, — und so regelt es auch das Gesetz im § 164 Abs. 2 BGB. — nur recht und billig, daß dieses Verhalten des Vertreters nicht nachteilige Folgen für den Geschäftsgegner hat, mit denen dieser nicht rechnen konnte, sondern der Vertretene das Risiko läuft. Denn er ist es, der nicht selbst auftreten wollte und sich einem anderen anvertraut hat.

Es wurde zwar hervorgehoben, daß das Wesen der Stellvertretung das Herstellenwollen der Rechtswirkungen unmittelbar für einen anderen sei, und nicht das Erklären der Absicht, für den Vertretenen zu wirken. Aber der gesetzliche Begriff der direkten Stellvertretung, der, als nur für Willenserklärungen geltend, unmittelbare Rechtswirkungen für den Vertretenen nur dann eintreten läßt, wenn der Vertretungswille erklärt worden ist, wird durch die Ausschaltung des Abs. 2 § 164 BGB. insofern verwischt, als nunmehr trotz nicht erklärten Vertretungswillens Fremdwirkung eintreten kann. Hier verschmelzen direkte und indirekte Stellvertretung miteinander; es tritt die Wirkung der direkten trotz des vorhandenen Tatbestandes der indirekten Stellvertretung ein. Ein allgemein gültiger Maßstab für den Geschäftsgegner, wann er Eigenerwerb seines Kontrahenten erzielt und wann nicht, besteht dann nicht mehr.[2])

C. Die auf gesetzlicher Grundlage aufgebaute Theorie.

§ 9. Die Anwendung des Offenheitsprinzips. — Keine Lösung der entscheidenden Frage.

Im Gegensatz zu den im vorigen Teil behandelten Theorien versuchen eine große Anzahl von Schriftstellern unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zum Ziele zu kommen. Sie berücksichtigen auch bei den dinglichen Rechtsgeschäften den Abs. 2 des § 164 BGB., d. h. wenn der Vertreter seinen Vertretungswillen dem Gegenkontrahenten nicht erkennbar macht, so erwirbt er selbst das Eigentum.

Immer muß beachtet werden, daß die Übereinstimmung der beiderseitigen Willenserklärungung entscheidend ist, ausgehend von der Erkenntnis, daß die modernen Rechtsordnungen das Bestreben zeigen,

[1]) Hier gerade setzte der für unser heutiges Recht vorbildliche Schutz der bona fides im römischen ius gentium ein. Vergl. Sohm-Wenger, Institutionen § 64. Siber, röm. Privatrecht § 92 S. 242 ff.

[2]) Vergl. auch v. Tuhr, allg. Teil II 2 § 84 S. 350.

den Erfolg des rechtsgeschäftlichen Handelns des Gegenkontrahenten unabhängig zu machen von internen Momenten. Dem heutigen Rechtsleben kann nicht die Sorgfalt auferlegt werden, sämtliche Voraussetzungen eines rechtlichen Handelns zu prüfen. Ebenso wenig ist es für dasselbe erträglich, daß Rechtsgeschäfte, die allem Anschein nach ordnungsmäßig vor sich gegangen sind und mit denen wirtschaftlich gerechnet wird, nachträglich aus dem Gesichtspunkt interner, dem Veräußerer unkennbarer Mängel in Frage gezogen werden.

Zu den Anhängern des Offenheitsprinzips bei der Tradition sind vor allem zu zählen Planck,[1]) Kipp,[2]) Enneccerus,[3]) F. Leonhard,[4]) und Manigk.[5]) Dieser führt, eingehend auf das fehlende Interesse des Veräußerers an der Person des Erwerbers, m. E. zu Recht aus, es könne von dieser allein in der Person eines Kontrahenten vorliegenden seelischen Tatsache der Gleichgültigkeit niemals eine Vertragswirkung abhängig gemacht werden [6]).

An dem Offenheitsprinzip muß festgehalten werden, vor allem deshalb, weil die Gegner dieses Prinzips zu ihren Resultaten nur unter Vorstoß gegen wichtige Grundprinzipien des gesetzlichen Rechts und unter erheblicher Gefährdung der allgemeinen Verkehrssicherheit gelangen, mag auch manches Ergebnis im Einzelfall praktisch sein.

Es erhebt sich die Frage, ob die Anhänger des Offenheitsprinzips zu praktisch brauchbaren Ergebnissen kommen. Nach § 164 Abs. 1 S. 2 BGB. muß der Vertreter nicht immer ausdrücklich sagen, daß er im fremden Namen handelt, sondern dies kann sich auch aus den Umständen ergeben. Auf diese Weise wird in vielen Fällen, insbesondere von Dienstboten dem Offenheitsprinzip genügt werden. Z. B. erwirbt die Dienstherrschaft unmittelbar Eigentum, auch wenn sie dem Veräußerer des näheren, z. B. dem Namen und der Person nach, nicht bekannt ist, wenn ein Bediensteter eine offenbar für die Dienstherrschaft bestimmte Sache kauft und übertragen erhält. [7])

Bei vielen Rechtsgeschäften, insbesondere bei Barkaufgeschäften, werden von den Parteien bei der die Erfüllung bildenden Tradition nur konkludente Willenserklärungen durch Hingabe der Sache durch den Veräußerer und durch Ansichnehmen der Sache durch den Gegenkontrahenten abgegeben werden. Es muß nun, um den Sinn dieser Erklärungen feststellen zu können und danach ihre Rechtsfolgen zu bestimmen, eine Auslegung vorgenommen werden. Nach § 133 BGB. soll der „wirkliche" Wille des Erklärenden erforscht werden, d. h.

[1]) Planck=Flad, a. a. O. § 164 Bem. 5 b.
[2]) Kipp bei Windscheid, Pandekten I § 155 Anm. 7 a S. 775.
[3]) Enneccerus, a. a. O. § 166 N. 8.
[4]) F. Leonhard a. a. O. S. 31 ff.
[5]) Manigk Willenserklärung, S. 465 ff., Art. Interessenjurisprudenz im Hdbch. d. RW. S. 312
[6]) Willenserklärung, S. 466.
[7]) Vergl. hierzu insbesondere Planck=Flad § 164, 5 b. α.

der Inhalt der Erklärung, der sich „aus den Umständen" und dem gesamten Verhalten ergibt. „Der Kreis dieser Umstände und der Umfang des Gesamtverhaltens ist aber begrenzt durch die aus dem Zweck und Begriff der Willenserklärung sich ergebende Beziehung auf den Gegner, wie sie auch im § 130 BGB. zum Ausdruck gelangt. Letztere Norm bestimmt zwar ausdrücklich nur den Zeitpunkt, in dem eine Willenserklärung wirksam werden soll; zugleich bestimmt sie aber damit auch, daß eine Willenserklärung nur dann und nur insofern wirksam wird, als sie dem Gegner zugeht." [1]) Der Wille des Veräußerers, durch die Tradition eine dingliche Rechtsänderung herbeizuführen, dürfte klar zu Tage treten. Ein wichtiger Umstand für die Ermittlung der Traditionserklärungen hinsichtlich der Richtung, wer der Erwerber sein soll, ist das der Tradition zugrunde liegende Kausalgeschäft, das infolgedessen auch als Indiz für den Willen des Veräußerers bei der Tradition verwendet werden kann [2]) [3]).

Denn wenn man den Willen jemandes unter Berücksichtigung seines Gesamtverhaltens und aller dem Gegner erkennbaren Umstände feststellen will, wird man zunächst nach dem Zwecke fragen. „Bei der im Sinne der §§ 133 u. 157 BGB. zu beantwortenden quaestio voluntatis, die so oft im Mittelpunkte eines Rechtsstreites steht, gewährt die Feststellung der den abgegebenen Willenserklärungen zugrunde liegenden, aber auch dem Gegner oft erkennbare Interessenlage einen erheblichen Fingerzeig. Die Partei pflegt im Tatbestande des von ihr vorgenommenen Rechtsgeschäfts das zu wollen, was ihrem Interesse entspricht. Wo letzeres dem Gegenkontrahenten erkennbar ist, kommt es als Mittel der Auslegung der Willenserklärung in Betracht [4])." Es leuchtet ohne weiteres ein, daß, wenn ein Kauf von einem Vertreter im Namen eines anderen abgeschlossen ist und dem Vertreter die Sache übergeben wird, diese Uebertragung, auch ohne besonders ausgesprochen zu sein, den Willen des Verkäufers ausdrückt, daß der Vertretene das Eigentum erwerben soll [5]). Und ebenso ist auch der Uebertragungswille des Veräußerers auf den Vertreter selbst bei Abschluß eines

---

[1]) Manigk, Willenserklärung S. 455, ferner vergl. auch v. Tuhr, allg. Teil II 2 § 64 S. 538 ff.

[2]) Vergl. Planck-Flad, § 164, 5 b β, F. Leonhard, a. a. O. S. 31, auch Manigk, Irrtum S. 83 u. in der JW. 1930 II S. 2194.

[3]) Die Frage, ob der Veräußerer, weil ihm in der Regel die Person des Erwerbers gleichgültig sei, bezgl. des Erwerbers überhaupt keine rechtserhebliche Erklärung abgebe (so F. Leonhard S. 32) und deshalb auf den Grund der Tradition zurückzugehen sei, mithin es sich also nicht um eine wahre Auslegung, sondern um eine Ergänzung der Willenserklärung handelt, oder ob doch in dem Handeln des Veräußerers ein wirklicher Wille bezgl der Richtung des Erwerbes enthalten ist, der unter Berücksichtigung des „Umstandes" des Kausalgeschäftes festgestellt werden kann, (so unsere Meinung) kann dahingestellt bleiben, da im Resultat beide Ansichten auf dasselbe hinauslaufen.

[4]) Manigk, im Hdbch. d. RW., S. 317.

[5]) Siehe dazu auch schon oben § 5 der Abhandlung.

Kausalgeschäfts auf eigenen Namen des Vertreters als dem Zwecke des Kontrahierens entsprechend anzunehmen.

Die Auslegungsregel besagt also, daß im Zweifel die Tradition an den erfolgt, der Gläubiger im Kausalverhältnis ist[1]).

Der Vorwurf, diese Regelung sei genau so schlecht wie die Lenelsche Kausaltheorie, ist nicht zutreffend. Denn Lenel setzt an die Stelle des Offenheitsprinzips eine Kausallehre, nach der der Vertreter seinem Herrn notwendigerweise erwerben müsse, wenn dieser Kausalgläubiger sei, also auch eine ausdrückliche entgegengesetzte Erklärung des Vertreters das Ergebnis nicht ändern könne. Hier dagegen handelt es sich nur um eine Auslegungsregel bezüglich der konkludenten Willenserklärung bei der Tradition, die natürlich niemals Platz greifen wird, sowie sich aus irgendeinem „dem Gegner erkennbaren Umstande" ein anderer als der in der Regel angenommene Sinn der Erklärung ergibt.

Unter Anwendung des Offenheitsprinzips und bei Beachtung dieser Auslegungsregeln lassen sich zahlreiche Fälle des Stellvertretungsrechts befriedigend entscheiden. Jedoch die für die vorliegende Untersuchung wichtigste Fragen: Kann man eine Sache für den Vertretenen retten, wenn der Vertreter entsprechend dem Lebensgebrauch mit einem Dritten im eigenen Namen ein Uebereignungsgeschäft abgeschlossen hat und nun die Sache bei dem Vertreter als Schuldner gepfändet wird oder der Vertreter in Konkurs fällt? sind nach dem legalen Prinzip der offenen Stellvertretung nicht im bejahenden Sinne zu lösen. Um für diese allerdings wichtigen Fragen ein praktisch brauchbares Ergebnis zu finden, braucht man jedoch nicht wie die Gegner des Offenheitsprinzips in den Fehler zu verfallen, durch zum Teil allerdings sehr geistvolle Ausführungen den § 164, Abs. 2 BGB. hinwegzuinterpretieren, sich damit contra legem zu stellen und außerdem gegen die wichtigsten Grundprinzipien der Rechtsgeschäftslehre zu verstoßen. Es läßt sich vielmehr durch Verwertung des constitutum possessorium in Verbindung mit dem Insichgeschäft eine befriedigende Lösung finden.

§ 10. Der Ausweg des Besitzkonstituts. — Antizipiertes constitutum possessorium oder Insichgeschäft?

Der das Besitzconstitut regelnde § 930 BGB besagt, daß von einer Uebergabe der Sache, sofern der Eigentümer im Besitz derselben ist, abgesehen werden kann, wenn Eigentümer und Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbaren, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Vermittels dieses Instituts ist es fraglos möglich, daß ein Vertreter V., der im eigenen Namen von einem Dritten D. eine Sache übereignet erhalten hat und entsprechend dem Offenheitsprinzip

[1]) F. Leonhard, a. a. O., S. 34, vergl. auch die Ausführungen Leonhards über einige Zweifelsfälle. Manigk im Hdbch. d. RW., S. 313.

selbst Eigentum erworben hat, sich sofort nach dem Erwerbe mit seinem Auftraggeber A. einigt, daß das Eigentum an der erworbenen Sache unter Vereinbarung eines Besitzmittlerverhältnisses des § 868 BGB auf den A. übergeben soll, und damit auch dem A. rechtswirksam Eigentum überträgt.

Um einen sofortigen Eigentumserwerb des Vertretenen A. zu erreichen, hat man die Einigung über den Eigentumsübergang der Sache von V. an A. und das Verabreden eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB, durch das der A. den mittelbaren Besitz erlangt, vor dem Besitzerwerb des V. verlegt. Wie diese Vorwegnahme des Besitzkonstituts wirkt, darüber herrscht in der Literatur Streit. Fest steht, daß keine vollgültige Eigentumsübertragung schon in dem Moment stattfinden kann, in dem der Vertreter und der Vertretene ausmachen, der Vertretene solle Eigentümer werden, obwohl der „veräußernde" Vertreter den Uebereignungsgegenstand noch garnicht im Besitz hat. Denn Voraussetzung für eine rechtswirksame Uebereignung im Sinne des § 930 BGB ist, daß der Veräußerer zur Zeit der Veräußerung Besitzer der Sache ist [1].

Im übrigen kann man drei verschiedene Richtungen in der Literatur bezgl. der Anwendung und Wirkung des antizipierten Besitzkonstituts unterscheiden [2])

Die herrschende Meinung [3]) geht dahin, daß eine antizipierte Vereinbarung bezgl. des Eigentumsüberganges auf den Vertretenen gültig sei, daß aber, damit das Konstitut dinglich wirke, noch ein Selbstkontrahieren des Vertreters hinzukommen müsse.

Andere [4]) lehnen eine vorweggenommene Einiguug über den Eigentumsübergang schlechthin ab und begnügen sich mit dem Selbstkontrahieren des Vertreters.

Wieder andere schließlich lehren, daß in demselben Augenblick, in dem der Veräußerer V. den Gegenstand erwirbt, von selbst der Vertretene A. Eigentümer wird. [5]) [6])

---

1) Vergl. besonders M. Wolff, a. a. O, § 67 I 2.

2) Nicht verwechselt werden darf das antizipierte Besitzkonstitut mit dem abstrakten constitutum possessorium, das unzulässig ist. „Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über das Rechtsgeschäft ist für ein wirksames constitutum possessorium erforderlich, daß die Sache, auf welche es sich bezieht, bestimmt bezeichnet, und wenn es sich um Gattungssachen handelt, daß sie individualisiert sind." (Planck-Brodmann, § 930 3).

3) Planck-Brodmann, § 930, 2; Staudinger-Kober, § 930 Erl. 1 b γ; Biermann, § 930, 2; RGR Komm. § 930. Planck-Flad, § 164, 5c. Crome a. a. O. Bd. 3 S. 203. Warneyer, § 164, S. 307.

4) M. Wolff a. a. O. § 67, I 2. Hoeniger a. a O S. 111 ff. Weber a. a. O. S. 47. Draganesco a. a. O. S. 95 N. 322. Lenel in Jh. Jahrb. 36, S. 67. F. Leonhard a. a. O. S. 46.

5) Endemann a. a. O. S. 522. Enneccerus a. a. O. § 167 III 3. Müller, bei Gruch. 54. S. 242 ff. u. Jung, ZHR. 47, S. 208 ff.

6) V. Tuhr, DJZ. 1904, S 426 ff. Jh. Jahrb. 48, S. 47 ff., allgm. Teil II 2 § 84, S. 349, anch II 1, § 60 N. 116.

Es sollen die einzelnen Lehren auf ihre Haltbarkeit untersucht werden:

Die herrschende Meinung erachtet zu der Eigentumsübertragung auf den Vertretenen ebenso wie diejenigen Schriftsteller, die der vorher vorgenommenen Vereinbarung eines Besitzmittlerverhältnisses überhaupt keine dingliche Wirkung beimessen und eine antizipierte Einigung entbehren zu können glauben, noch ein Selbstkontrahieren des Vertreters für notwendig, hält aber trotzdem an dem antizipierten constitutum possessorium fest. — So nehmen z. B. die R. G. Räte in ihrem Kommentar [1]) an, es stehe nichts im Wege, daß jemand schon, bevor er Eigentümer und Besitzer geworden sei, sich mit einem anderen dahin einige, ihm das Eigentum sofort mit der Erlangung zu übertragen, und auf Grund des dazu vereinbarten Rechtsverhältnisses den Besitz sofort mit der Erlangung für ihn als mittelbaren Besitzer auszuüben. Allerdings müsse in solchem Falle für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung gefordert werden, die den Übertragungswillen erkennbar mache.

Auch S t a u d i n g e r [2]) äußert sich in diesem Sinne, es sei eine Abmachung des Inhalts, daß das vereinbarte Verhältnis von dem Augenblick des demnächst zu erwartenden Besitzerwerbes des Konstituenten ab in Kraft treten solle; werde alsdann solcher Vereinbarung gemäß auch gehandelt, so könne hierin eine Übertragung in dem hier maßgebenden Sinne gesehen werden. Die beabsichtigte Wirkung des Eigentumsüberganges trete aber erst mit diesem Zeitpunkte ein. Staudinger fordert auch für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung, und zwar insbesondere bei Verträgen des Besitzkonstituenten mit sich selbst.

Für die Uebereignung durch Besitzkonstitut ist, wie wir sahen, zweierlei erforderlich: Einmal die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber über den Eigentumsübergang. Sodann eine Vereinbarung zwischen den Parteien über ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erhält. Diese Abrede, die nur obligatorischer Natur ist und infolgedessen niemals allein dingliche Wirkung herbeiführen kann, muß, damit der Eigentumsübergang auf den Vertretenen sofort beim Besitzerwerb des Veräußerers stattfinden kann, bereits v o r dem Besitzerwerb getroffen worden sein. Dies ist wegen des obligatorischen Charakters sehr gut möglich.

Wenn der Vertretene und der Vertreter dieses eben erwähnte Besitzmittlerverhältnis miteinander vereinbaren, werden sie stets auch schon in diesem Zeitpunkte über die zukünftige Eigentumsübertragung auf den Vertretenen sich einigen. Denn einzig und allein zum Zwecke

---

1) RGR. Komm. § 930, 2.
2) A. a. O. § 930, 1 b δ.

der Uebereignung verabreden sie das Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 BGB.

Zwar kann eine rechtswirksame Uebereignung des § 930 BGB. wegen Fehlens des Besitzes des Veräußerers noch nicht erfolgen, jedoch schließt der Paragraph die zeitliche Vorwegnahme des Einigungsvertrages nicht aus.

Wenn Martin Wolff die Wirksamkeit dieser vorweggenommenen Einigung mit der Begründung verneint, das bürgerliche Gesetzbuch fordere im § 929 mit gutem Grunde eine Uebergabe in Einigkeit über den Eigentumsübergang, und es genüge nicht, daß die Parteien sich früher einmal geeinigt haben[1]), so tut er dies m. E. zu Unrecht. — Zweifellos ist richtig, daß im Augenblick der Uebereignung die Parteien einig sein müssen; aber damit ist nicht gesagt, daß sie sich erst in diesem Momente einigen, d. h. den Zustand des Einigseins durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen herbeiführen müßten. Sicherlich ist das Gleichlaufen von Willensrichtungen tatsächlich längere Zeit über möglich, daß es auch rechtlich erheblich sein kann, zeigt sich deutlich im Grundbuchrecht, wo Wirksamkeit und Eintritt des Rechtserwerbes von der Bucheintragung abhängen, die der gleichfalls erforderlichen Einigung erst erheblich später folgen können.

Wenn die Parteien vor Innehabung des Besitzes durch den Veräußerer den Zustand der Einigkeit hergestellt haben und dieser Zustand zur Zeit des Besitzerwerbes noch besteht, so ist m. E nicht einzusehen, warum bei vorheriger Vereinbarung eines Besitzmittlerverhältnisses des Veräußerers keine gültige Uebereignung gemäß § 930 BGB. vorliegen soll.

Von dem Veräußerer, der mit dem Empfang der Sache mangels Kenntlichkeit seiner Vertretereigenschaft selbst Eigentümer geworden ist, verlangt die herrschende Meinung für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang deshalb die Vornahme einer „Ausführungshandlung", weil ein innerer Wille — im vorliegenden Falle das Einigsein des Veräußerers mit sich selbst als dem Vertreter des Erwerbers[2]) darüber, daß von jetzt an dem Vertretenen die Sache zu eigen gehören soll, — seiner Natur nach unvollendet ist und erst in einem körperlichen Verhalten beendet wird. Erst dann kann er als Handlungswillen im Recht überhaupt beachtet werden[3]). Die Ausführungshandlung besteht hier in dem Selbstkontrahieren des Vertreters.

In dem Sonderfall des Miteigentumerwerbes beim Sammeldepot meint Schumann der herrschenden Ansicht zu folgen, wenn

---

[1]) M. Wolff, a. a. O., § 66, I 4.

[2]) Der Erwerber hat dem Veräußerer seinen Einigungswillen beim Abschluß des vorweggenommenen Einigungsvertrages erklärt. Es ist wohl stets anzunehmen, daß der Erwerber auch im Zeitpunkte des Besitzerwerbes des Veräußerers noch diese Willensrichtung beibehalten hat, da ihm der Eigentumserwerb nur rechtlichen Vorteil bringt.

[3]) Vergl. Manigk, Willenserklärung, § 93.

er den Uebergang des Eigentums wie folgt darstellt[1]): Die einliefernde Bank als Vertreterin ihres Kunden einige sich mit der Girobank als Vertreterin der angeschlossenen Banken dahin, daß das Eigentum auf letztere übergehen solle. Die Besitzübertragung vollziehe sich in der Weise, daß die Girobank den unmittelbaren Besitz erhalte; auf Grund der mit den angeschlossenen Banken bestehenden Verwahrungsverträgen erwerben diese Banken den mittelbaren Besitz, der zur Begründung des Miteigentums ausreiche. Der Eigentumserwerb der angeschlossenen Banken bewirke auf Grund der weiterhin mit der Kundschaft bestehenden antizipierten Besitzkonstitute den sofortigen, keiner weiteren Vereinbarung bedürftigen Uebergang des Miteigentums auf die materiell am Sammeldepot beteiligten Kundschaft.

Schumann hat hier indessen übersehen, daß bei seiner Konstruktion entsprechend der herrschenden Lehre zum Wirksamwerden der zwischen den angeschlossenen Banken und ihren Kunden vereinbarten antizipierten Besitzkonstitute grundsätzlich eine Ausführungshandlung, die von jeder einzelnen der Banken vorgenommen werden müßte, erforderlich wäre. Nach unserer Ansicht ist allerdings eine solche Ausführungshandlung im vorliegenden Tatbestand aus folgenden Gründen nicht nötig: Die einzelnen einliefernden Banken haben bei Eingehung der ersten Geschäftsbeziehungen gegenüber der Girobank erklärt, daß sie bei Zuwachs im Sammeldepot stets bereit seien, für ihre mit ihnen durch Verwahrungsverträge verbundenen Kunden zu erwerben, daß sie mithin, wenn sie auch Stücke im eigenen Namen einlieferten oder übereignet erhielten, doch stets Vertreter ihrer Kundschaft seien. — Es liegt also ein Fall des § 164 Abs. 1, S. 2 BGB. vor, in dem die Erklärung unmittelbar für und gegen die Kundschaft wirkt, weil sich aus den Umständen ergibt, daß die Erklärung im Namen der Kundschaft erfolgen soll. Bei der Kenntnis der Girobank von der steten Bereitschaft der angeschlossenen Banken, für ihre Kunden zu erwerben, genügt für den Eigentumserwerb der bereits am Sammeldepot Beteiligten eine Ausführungshandlung der Girobank, die diese als Vertreterin der einliefernden Bank mit sich als gleichzeitiger Vertreterin der bereits angeschlossenen Banken vornimmt, wobei infolge der „aus den Umständen sich ergebenden" Vertreterstellung dieser Banken die direkte Wirkung für die Kundschaft eintritt.

Die Möglichkeit, auf einem anderen Wege unmittelbaren Eigentumserwerb des Kunden zu erzielen, daß nämlich die Girobank nicht als Vertreterin der angeschlossenen Banken anzusehen sei, sondern anzunehmen sei, daß sie im Namen derer handele, die materiell am Sammeldepot beteiligt sind, also auch der Kunden der angeschlossenen Banken, erwähnt Schumann[2]) zwar, bejaht sie aber nicht, da auf dem Gebiet des Sachenrechts das Handeln für unbekannte Personen

[1]) a. a. O., S. 1195.
[2]) a. a. O., S. 1195/1196.

besonderen Bedenken unterliege. Für diesen zweiten Weg könne eine sichere Grundlage erst dann geschaffen sein, wenn sich festere Grundsätze über die Frage der Verträge mit denjenigen, die es angeht, gebildet hätten, als es bisher der Fall sei.

Hier ist Schumann zuzustimmen. Wir haben bereits oben[1]) betont, daß die Konstruktion für denjenigen, den es angeht, nur dadurch möglich wird, daß dem Tradenten eine Erklärung unterstellt wird, die umfassender ist, als die wirklich abgegebene.

Die Anhänger der Meinung, die eine vorgenommene Einigung ablehnen, aber im übrigen den Eigentumsübergang genau wie die Vertreter der herrschenden Lehre konstruieren, also die vorher vorgenommene Vereinbarung eines Besitzmittlerverhältnisses zugeben, übersehen, daß mit dieser Abmachung eine Einigung über den Eigentumsübergang immer verknüpft ist. Wir haben bei der Besprechung der herrschenden Lehre dargetan, daß eine zeitige Vorwegnahme des Einigungsvertrages möglich ist. Es ist unrichtig, daraus, daß die rechtswirksame Uebereignung erst mit dem Besitzerwerbe und dem Selbstkontrahieren des Vertreters vollendet wird, den Schluß zu ziehen, daß die vorweggenommene Einigung rechtsunerheblich sei. Indem die Lehre dieser Autoren die zweifellos vorhandene Einigung nicht anerkennt, wird sie den in der Wirklichkeit existierenden Rechtsvorgängen nicht recht und ist deshalb abzulehnen.

Bevor wir zu der Ansicht der letzten Gruppe von Schriftstellern über das antizipierte Besitzkonstitut Stellung nehmen, müssen wir eine kurze Darstellung ihrer Lehren geben:

Endemann ist der Auffassung, daß eine mit Rücksicht auf den erwarteten Besitzerwerb im voraus getroffene Vereinbarung zur Verfügung erstarke, sobald der Veräußerer Besitz erlange. — V. Tuhr stützt sich auf Absatz 2 des § 185 BGB.: Der Vertreter, der über eine noch nicht in seinem Besitz befindliche Sache verfüge, treffe diese Verfügung als ein Nichtberechtigter. In demselben Moment, in dem er die Sache erwerbe, werde die Verfügung wirksam. So könne das Resultat erreicht werden, daß der Vertretene im selben Augenblick, in welchem die Sache an den Vertreter übergeben werde, Eigentum erwerbe. Juristisch lägen aber zwei zeitlich zusammenfallende Sukzessionen vor, der Vertreter sei Rechtsnachfolger des Drittkontrahenten und der Vertretene Rechtsnachfolger des Vertreters.

Gegen Endemanns Ansicht, mit der sich völlig die von Enneccerus[2]) deckt, spricht m. E. vor allem der Wortlaut des § 930 BGB.:

Zur Eigentumsübertragung ist nach § 929 BGB. Einigung und Übergabe nötig. Die Übergabe kann nach § 930 BGB. dann ersetzt werden, wenn der Eigentümer im Besitz der Sache ist und mit dem Erwerber ein Besitzmittlerverhältnis vereinbart hat. Der Veräußerer

---

[1]) S. 20/21.

[2]) Enneccerus a. a. O. § 167. II.

„kann allerdings jederzeit verabreden, daß er für den Fall der Besitzerlangung Besitzmittler des Erwerbers werden wolle, aber er verschafft dann dem anderen Teil den mittelbaren Besitz erst in dem Zeitpunkte, in dem er selbst Besitz erlangt; und folgeweise muß noch in diesem Zeitpunkt die Einigkeit der beiden über den Eigentumsübergang vorhanden sein".[1]) Bei der Endemannschen Theorie haben sich die Parteien zwar früher geeinigt; aber damit ist nicht gesagt, daß sie beim Besitzerwerb des Veräußerers, der zum Ersatz des Übergabeaktes unbedingt nötig ist, noch einig sind. Hat sich der „veräußernde" Vertreter nach Einigung und Verabredung des Besitzmittlerverhältnisses, aber vor seinem Besitzerwerb, die Sache anders überlegt, daß er lieber den zu erwerbenden Gegenstand selbst behalten will, so liegt nach unserer Ansicht zur Zeit des Besitzerwerbes keine Einigkeit mehr vor, und die Vereinbarung kann doch unmöglich gegen den Willen des Veräußerers zur Verfügung erstarken.

Auch der Konstruktion v. Tuhrs gelingt es nach unserer Ansicht nicht, den mit dem Besitzerwerb des Vertreters automatisch für den Vertretenen eintretenden Erwerb des Eigentums zu erklären.

Die nach v. Tuhr getroffene Verfügung ist noch keine vollendete Verfügung, da, um die eine Verfügung darstellende Veräußerung zu vollenden, erst noch die Übergabe oder im Falle des § 930 BGB. der Besitzerwerb des Vertreters hinzukommen muß. V. Tuhr sagt selbst, daß über Mobilien durch Einigung und Übergabe verfügt wird.[2]) „. . . . denn die Einigung ist nicht die Verfügung selbst, sondern ein Stück des Verfügungstatbestandes." [3])

Daß die Einigung vorher hergestellt werden kann, d. h. daß der Vertrag vor dem Besitzerwerbe des Vertreters abgeschlossen werden kann, haben wir gesehen. Andererseits muß die durch den Einigungsvertrag hergestellte Einigkeit im Zeitpunkt der Übergabe, bezw. im Falle des § 930 BGB. wenigstens im Augenblick des Besitzerwerbes des Veräußerers noch bestehen. Denn in diesem Moment ist die „Verfügung" erst vollendet. Da, wie wir bei der Würdigung der herrschenden Lehre ausführten, ein innerer Einigkeitswille des Vertreters nicht genügen kann, müssen wir im Gegensatz zu v Tuhr zur endgültigen Wirksamkeit der Verfügung im Augenblick des Besitzerwerbes des Vertreters noch eine Vollendung des Einigkeitswillens in einem körperlichen Verhalten des Vertreters fordern. Dieses unser Erfordernis läuft also auf eine Anwendung der herrschenden Meinung und eine Ablehnung der v. Tuhrschen Lehre hinaus.[4])

---

[1]) M. Wolff, a. a. O. § 66 II.
[2]) Allg. Teil, I 2 § 60 V S. 389.
[3]) Allg. Teil, I 2 § 60 N 128.
[4]) Auf den Lösungsversuch v. Tuhrs, unmittelbaren Eigentumserwerb auf Grund analoger Anwendung des § 185 BGB. zu erzielen, wird unten im § 13 eingegangen.

§ 11. Das Insichgeschäft. – Zulässigkeit und Rechtsnatur.

Die Uebereignung kann durch Selbstkontrahieren des Vertreters gemäß § 181 BGB. geschehen. Grundsätzlich ist nach dieser Vorschrift die Vornahme eines Insichgeschäftes nicht gestattet, da meist die Gefahr eines Widerstreites der Interessen vorhanden ist. Jedoch bestehen zwei Ausnahmen: Ein Vertreter darf mit sich selbst kontrahieren, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht oder wenn es ihm gestattet ist [1]). – Bei der Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut darf der Vertreter mit sich selbst kontrahieren, weil die erste Ausnahme von dem Verbot des Insichgeschäftes Platz greift:

Auf Grund des zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter bestehenden Kausalverhältnisses (z. B. Auftrag) ist der Vertreter verpflichtet, dem Vertretenen Eigentum an der für ihn zu besorgenden Sache zu verschaffen. Wenn nun der Vertreter, wie es im täglichen Leben meist geschieht, im eigenen Namen handelnd aufgetreten ist und infolgedessen entsprechend dem Offenheitsprinzip für sich selbst an der Sache Eigentum erworben hat, so bleibt der persönliche Anspruch des Vertretenen auf Uebertragung des Eigentums bestehen; durch die Bevollmächtigung des Vertreters, der zugleich Eigentümer der Sache ist, besteht für diesen die Möglichkeit, in Erfüllung seiner Verbindlichkeit ein Insichgeschäft vorzunehmen, indem er sich als Veräußerer der Sache mit sich selbst als Vertreter des Erwerbers über den Eigentumsübergang einigt, d. h. den Einigungswillen betätigt.

Die dingliche Wirkung der Uebereignung auf den Vertretenen tritt mit dieser „in sich" geschlossenen Einigung ein, da bereits früher für den Fall des Besitzerwerbs des Vertreters ein Rechtsverhältnis vereinbart worden ist, durch das der Vertretene mittelbarer Besitzer der Sache werden sollte [2]).

Ueber die Art des Selbstkontrahierens ist man sich insofern einig, als man verlangt, die Erklärung des Handelnden müsse in irgend welcher Art in die äußere Erscheinung treten; ein völlig intern gebliebener Willensentschluß des Vertreters genüge nicht [3]). Wann jedoch eine solche „Erklärung" als hinreichend äußerlich wahrnehmbar anzusehen ist, darüber herrscht Unklarheit. Eine reichhaltige Kasuistik ist hier Gegenstand widerspruchsvoller Kritik geworden. So fordert Staudinger,

[1]) und zwar kann dem Vertreter Gesetz, Statut oder Vollmacht das Selbstkontrahieren gestatten. Vergl. Enneccerus a. a. O. § 168, III, 1, Staudinger-Riezler, § 181 Anm. 7 a, Planck-Flad, § 181, 1 c γ.

[2]) Meist wird diese Vereinbarung stillschweigend zugleich mit der Herstellung des obligatorischen Innenverhältnisses zwischen Vertretenem und Vertreter erfolgen. Man kann z. B. zwanglos den Willen der Parteien bei Abschluß des Kausalgeschäftes (z. B. Auftragsverhältnis) dahin deuten, daß sie vereinbart haben, der Vertreter solle vom Erwerb der Sache bis zu ihrer Ablieferung an den Vertretenen sie sorgfältig aufbewahren.

[3]) So Planck-Flad, § 181, 1 a. Vergl. auch Staudinger-Riezler, § 181, 8. Enneccerus a. a. O. § 168, III, RGE. 52, S. 130 ff.; 63, S. 405; 99, 208 ff.

es sei, wenn es sich um Uebergabe von Sachen handele und dabei der Uebergebende und der Empfänger durch eine Person vertreten würde, eine Dritten erkennbare Betätigung des Besitzänderungswillens erforderlich; z. B. lasse das Einlegen von Geld in einen besonderen Umschlag mit Aufschrift des Vertretenen erkennen, daß der Inhalt Eigentum des Vertretenen sei, dagegen können rein interne, nach außen unkontrollierbare Akte, die der Vertreter vornehme, z. B. bloßes Getrenntlegen von Geld oder Wertpapieren nicht genügen.

Aehnlicher Ansicht ist v. Tuhr[1]), nur fügt er hinzu, es komme nicht in Betracht, ob solche Aeußerungen des Willens für dritte Personen sofort oder erst später erkennbar werden.

Hupka[2]) andererseits meint, es sei ein Willensakt erforderlich, der vermöge seiner äußeren Form eine Bindung erzeuge und nicht etwa im geheimen zurückgenommen werden könne[3]).

Die Unklarheit über die Art des Erkennbarwerdens des Selbstkontrahierens findet ihre Erklärung in der Tatsache, daß man bisher stets bei der Untersuchung des Wesens des Insichgeschäfts von der Annahme ausging, jedes Rechtsgeschäft werde durch eine Erklärung vorgenommen[4]).

v. Tuhr[5]) und Oertmann[6]) sehen in dem Insichgeschäft ein Rechtsgeschäft, das durch zwei von dem Selbstkontrahenten abgegebene Willenserklärungen zustandekommt, wenn auch der äußere Hergang in einem Akt zusammenfällt. In Wirklichkeit gibt der Vertreter überhaupt keine Erklärung ab, sondern handelt irgendwie entsprechend seinem Willensentschluß, daß von nun an der Vertretene die Sache zu eigen haben solle. v. Tuhr gibt selbst zu, daß die nach seiner Meinung abgegebenen Erklärungen keine normalen seien, weil von einem Zugehen nicht die Rede sein könne, denn dem Vertreter sei die Erklärung, welche er an sich selbst abgeben will, von vornherein bekannt.

Rümelin[7]) stellt zwar richtig fest, daß zur Vornahme des Insichgeschäfts nicht zwei Willensentschlüsse und daher wechselseitige Willenserklärungen nötig seien, sondern daß nur ein Willensentschluß vorhanden sei. Dann behauptet er aber[8]), der Selbstkontrahent bringe die Vertragswirkungen durch einseitige Erklärung hervor, sagt jedoch nicht, wem gegenüber die Erklärung abgegeben werden soll.

---

[1]) Allg. Teil II, 2, § 84, S. 362.

[2]) a. a. O. S. 279.

[3]) Vergl. weiter zu der Frage im Sinne Staudingers Planck=Flad § 181, 1 a und Endemann a. a. O. S. 401, im Sinnes Hupkas Kniep a. a. O., S. 25, 9, Lenel a. a. O. S. 71 ff.

[4]) Vergl. v. Tuhr, Allgem. Teil, Bd. 2, 2, § 84, VI, S. 361. „Beim Vertragsschluß, wie bei jedem Rechtsgeschäft ist das wirksame Element nicht der Willensentschluß, sondern die Willenserklärung".

[5]) Vergl. die gleiche Stelle wie Note 1.

[6]) § 181, 4 b.

[7]) Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 16/17.

[8]) Rümelin, Selbstkontrahieren, S. 271.

Es ist das Verdienst Manigks[1]), darauf hingewiesen zu haben, daß die herrschende Lehre hier wie sonst in den Fehler verfallen ist, die Begriffe Willenserklärung und Willensäußerung miteinander zu verwechseln. Richtig sei, daß im Recht nicht der innere, seiner Natur nach steten Schwankungen ausgesetzt und unfertige Wille beachtet werden könne, sondern nur der, der sich in der Handlung oder in irgend einem anderen Verhalten vollendet habe. Der innere Wille werde im Recht nicht deshalb unbeachtet gelassen, weil er eine innere Tatsache ist, sondern nur, weil er – im Gegensatz zu anderen inneren Tatsachen wie etwa Kennen, Wissen, Glauben – seiner Natur nach in der Psyche des Menschen noch nicht vollendet sei und seinen Abschluß erst in einem körperlichen Verhalten finde. Der Wille im Gegensatz zur Vorstellung werde immer erst in der Tat beendet, er sei nur um dieser willen da[2]). Von dieser Grundlage aus ist der bloße innere Entschluß des Vertreters zu wenig, es kann aber hier wie sonst deswegen nicht ohne weitere Voraussetzungen eine Erklärung verlangt werden.

Zum Wesen der Willenserklärung gehört, daß der Inhalt des Rechtsfolgewillens einem Gegner zugänglich gemacht wird. Die Beziehung des Erklärenden zum Gegner der Erklärung: Der Kundgebungszweck ist wesentlich[3]). Dieser Kundgebungszweck wird beim Selbstkontrahieren gegendstandslos. Der Vertreter handelt lediglich in seiner Person[4]). Dies ist beim Eigentumserwerb von Mobilien nach vorausgegangener Verabredung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, der Fall. Hier hat der Vertreter nur seinen Willen als Veräußerer und den Willen als Vertreter des Erwerbers gleichzurichten. Der Eigentumsübergang durch antiripiates Besitzkonstitut geschieht im Gegensatz zur normalen Eigentumsübertragung nicht einem anderen gegenüber. Das Herbeiführen der Willensübereinstimmung nimmt der Vertreter durch ein seinem Erfolgswillen entsprechendes Verhalten vor, indem der Wille seinen dieser Lage entsprechenden Abschluß findet.

Mit dieser Darstellung setzen wir uns in Gegensatz sowohl zu der Ansicht v. Tuhrs und Oertmanns wie auch zu der Rümelins. Die beiden letztgenannten Verfasser können nicht angeben, an wen sich die „Erklärung" bei der Vornahme des Insichgeschäfts richtet; v. Tuhr sagt, es sei eine Erklärung ohne Zugangsnotwendigkeit. Dann liegt aber überhaupt keine Erklärung mehr vor, weil der zum Tatbestand der Willenserklärung erforderliche Kundgebungszweck nicht vorhanden ist. Es kann sich also hier nur um ein Willensgeschäft handeln.

---

[1]) Manigk, Willenserklärung § 93.

[2]) Manigk, Willenserklärung S. 436, 438.

[3]) Manigk, Willenserklärung, § 23, S. 175 ff. Vergl. auch Oertmann, Vorbem. 11 zum 3. Absch. Brodmann a. a. O. S. 10; v. Tuhr, Bd. II, 1, S. 404; H. Lehmann, a. a. O. S. 105; Staudinger, Bem. II, 3 c vor § 104, u. a.

[4]) Anders liegt es beim Selbstkontrahieren in formellen, z. B. notariellen Akten, wo ein Kundgebungszweck vorhanden ist. Hier gibt der Selbstkontrahent dem Urkundsbeamten gegenüber zwei voneinander getrennte Erklärungen hintereinander ab.

Ein Willensgeschäft erfolgt mangels Kundgebungszweck ohne Erklärung und wird wirksam mit dem eine Vollendung des Willens bedeutenden körperlichen Verhalten, [1]) hier der von allen Schriftstellern beim Selbstkontrahieren geforderter Willensbetätigung.[2])

Bei einem Willensgeschäft kann man aus der Art des körperlichen Verhaltens keine Rückschlüsse auf den Erklärungsinhalt des Verhaltens ziehen. Denn weil der das Willensgeschäft Vornehmende mit seinem Verhalten keinem anderen etwas erklären will, sondern nur seinen Willen zum Abschluß bringt, kann man das die Willenstat bedeutende Verhalten nur als indicium voluntatis verwerten.

Wenn wir das Selbstkontrahieren bei nicht formellen Akten als Willensgeschäft erkannt haben, können wir auch sagen, wieweit „hinreichend äußerlich wahrnehmbar" das körperliche Verhalten des Vertreters sein muß. Für einen Dritten braucht es überhaupt nicht wahrnehmbar zu sein, erst recht nicht muß es so beschaffen sein, daß der Vertreter die Spuren seines Willens nicht ohne Wissen des Vertretenen beseitigen kann.[3]) Vielmehr muß überhaupt nur ein körperliches Verhalten des Vertreters vorhanden sein; eine Grenze, von wann an das Verhalten einen typischen Inhalt des Willens erkennen läßt, gibt es nicht, da der materielle Tatbestand jedes Willensgeschäftes sich nur aus dem rechtsgeschäftlichen Erfolgswillen und einem ihm entsprechenden äußeren Verhalten zusammensetzt.[4])

Ein Beispiel: V. ist von A. beauftragt und bevollmächtigt worden, für diesen ein Pferd käuflich zu erwerben und es für A. einstweilen aufzubewahren. Der V. hat, wie im täglichen Leben üblich, zunächst im eigenen Namen von D. das Pferd gekauft und übereignet erhalten. Dann hat V. auf Grund des Offenheitsprinzips das Eigentum zunächst selbst erworben und muß das Pferd an sich als den Vertreter des A. erst übereignen. Dies kann er gemäß § 930 BGB. von dem Moment seines Eigentumserwerbs an, indem er das Pferd etwa in einen gesonderten Stall stellt, oder aber auch, indem er es mit dem Willen, daß es von nun an dem A. gehören soll, in seinem eigenen Stall anbindet. Das Verhalten, in dem der Selbstkontrahierungswille zunächst seinen Abschluß findet, ist im letzten Falle das Anbinden des Pferdes im eigenen Stalle des V. Materiell ist damit A. Eigentümer des Pferdes geworden, obwohl das Verhalten des V. kaum dazu angetan ist, für einen Unbeteiligten als zwingendes Indiz dafür zu gelten, daß

---

[1]) Manigk, Willenserklärung, § 94, S. 439.

[2]) Es ist ratsam, den Ausdruck Willensbetätigung zu vermeiden, weil auch eine Willenserklärung eine Willensbetätigung ist und man leicht an eine „Betätigung" höhere Anforderungen stellen könnte als an eine „Erklärung", obwohl gerade das Gegenteil wegen des Fehlens des Kundgebungszweckes bei dem Willensgeschäft der Fall ist. Auch in Worten kann ein Willensgeschäft liegen. Worte wird man aber kaum als Willensbetätigung erfassen .Vergl. Manigk a. a. O. S. 258.

[3]) So Hupka, a. a. O. S. 278.

[4]) Vergl. Manigk, Willenserklärung, S. 445 ff.

das Pferd nun dem A. gehören solle. Erst die weiteren Umstände und das folgende Verhalten werden den Inhalt der Absicht des V. Dritten weiter aufklären. Dennoch ist das wirksame Willensgeschäft gemäß dem antizipierten Konstitutsvertrage schon mit der Einstellung des Pferdes in den Stall des V. vollzogen.

Weitere Forderungen an die Ausführungshandlung des Vertreters wird man nur da stellen können, wo sonst Verwechslungen des fraglichen Gegenstandes mit anderen, z. B. eigenen des Vertreters möglich sind, wie etwa bei Geld, Banknoten und sonstige vertretbare Sachen.

Das Ergebnis der Anwendung des Besitzkonstituts in Verbindung mit dem Insichgeschäft ist folgendes: Dadurch, daß der Vertreter beim eigenen Besitzerwerb durch Selbstkontrahieren den Gegenstand dem Vertretenen weitertradiert, wird dieser sofort Eigentümer. Die Sache ist so vor einem Zugriff der Gläubiger des Vertreters gesichert, auch kann sie nicht in die Konkursmasse des Vertreters fallen. Allerdings wird ein streng unmittelbarer Erwerb des Vertretenen nicht erreicht; es erwirbt entsprechend dem Offenheitsprinzip der Vertreter vielmehr wegen Handelns im eigenen Namen das Eigentum an der Sache selbst, und erst durch die Vornahme des Insichgeschäfts erwirbt der Vertretene. Der Vertretene ist freilich bei dieser der lex lata entsprechenden Regelung gegen den Verlust nur dann geschützt, wenn der Vertreter vertragsgemäß alsbald zu dem Insichgeschäft schreitet.

§ 12. Die Rechtsprechung.

Das Reichsgericht, das sich mit der Frage des Eigentumserwerbes durch Stellvertreter bei beweglichen Sachen, insbesondere auch dann, wenn die Vertretereigenschaft dem Drittkontrahenten gegenüber nicht hervortritt, häufig zu beschäftigen hatte, hat den Eigentumsübergang auf den Vertretenen stets durch Besitzkonstitut vollziehen lassen. Die Konstruktion Rümelins und der oben im § 6 genannten Schriftsteller, daß nämlich unmittelbarer Eigentumserwerb auf Grund der Tradition des Veräußerers ad incertam personam eintrete, hat das Reichsgericht niemals verwendet [1]). Das Oberlandesgericht Kiel [2]) hat diese Ansicht dagegen einer eingehenden Untersuchung unterzogen und ist zu einer Ablehnung gekommen „in Anbetracht des nach Wortlaut und Stellung im System ganz allgemeinen, auf alle Willenserklärungen sich beziehenden § 164 Abs. 2 und in Anbetracht des besonders auf die Eigentumsübertragung sich beziehenden § 929." Das Oberlandesgericht meint, daß dem Verkehrsinteresse durch die Möglichkeit und Leichtigkeit des constitutum possessorium des Beauftragten mit sich selbst zugunsten des Machthabers gemäß § 181 BGB. genügend Rechnung getragen werde.

[1]) Vergl. allerdings RGE. 100, S. 192, die aber wohl trotz mißverständlicher Fassung nicht das Eigentum durch die traditio ad incertam personam, sondern durch Besitzkonstitut auf den Vertretenen übergehen läßt.

[2]) OLGE. 20, S. 65.

Die Ansicht des Reichsgerichts über die Anwendung des antizipierten Besitzkonstituts und das Zustandekommen des Eigentumserwerbs des Vertretenen stimmt mit der herrschenden Lehre überein, wenn auch in den früheren Entscheidungen [1]) die Konstruktion des antizipierten Besitzkonstituts nicht klar zu Tage trat, sondern nur der Hauptgesichtspunkt für den Eigentumsübergang auf den Vertretenen, der Uebereignungswille des Vertreters im Zeitpunkte des Besitzerwerbs, besonders hervorgehoben wurde. In diesen Entscheidungen wird zum Ausdruck gebracht, daß der Eigentumserwerb des Vertretenen „sofort mit dem Erwerbsakte" des Vertreters eintrete, falls der Vertretene mit dem Vertreter ausdrücklich oder stillschweigend ein Besitzmittlerverhältnis vereinbart hätte und falls dieser Vereinbarung entsprochen würde, d. h. wenn nur im Augenblick des Besitzerwerbs des Vertreters beide den Eigentumserwerb des Geschäftsherrn wollen.

Später [2]) erfordert das Reichsgericht mit der herrschenden Lehre unter Anerkennung einer für die Zukunft wirkenden dinglichen Vereinbarung für den endgültigen Besitz- und Eigentumsübergang noch eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung, die den Uebereignungswillen erkennbar mache. Schon in einer bei Gruchot im 47. Bande S. 988 abgedruckten Entscheidung wird vom Reichsgericht ganz klar auf den in einer Handlung sich vollendenden Uebereignungswillen abgestellt: „. . . . wenn er (der Vertreter) nur bei dieser (der Uebergabe) mit dem Willen gehandelt hat, Besitz und Eigentum durch den zunächst für ihn selbst sich vollziehenden Erwerb sogleich für den Geschäftsherrn zu erwerben."

Das Reichsgericht hebt besonders in den neueren Entscheidungen [3]) die Bedeutung des Innenverhältnisses zwischen Vertretenem und Vertreter und den im Zeitpunkt des Besitzerwerbes durch den Vertreter gleichlaufenden Willen des Vertretenen und des Vertreters hervor.

Man könnte die Auffassung des Reichsgerichts, wenn sie auch nirgends von Anfang bis zu Ende so niedergelegt ist, etwa folgendermaßen darstellen: Bei der Veräußerung der Sache durch den Drittkontrahenten an den Vertreter wird dieser, mag er auch den Willen haben, für den Vertretenen zu erwerben, wegen Nichterkennbarkeit seiner Vertretereigenschaft gemäß § 164 Abs. 2 BGB. selbst Eigentümer der Sache. Stellt sich das Innenverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter als ein Verhältnis der im § 868 BGB. bezeichneten Art dar, so ist die eine Voraussetzung für das Besitzkonstitut des § 930 BGB. damit gegeben. Wenn nun im Augenblick des Besitzerwerbs durch den Vertreter dieser entsprechend den in ihm auf den

[1]) Für das gemeine Recht RGE. 30, S. 142, für das geltende bürgerliche Recht RGE. 56, S. 52 (54). Der gleichen Ansicht ist auch das OLG. Kiel in der oben erwähnten Entscheidung OLGE. 20, S. 66.

[2]) RGE. 63, S. 405 u. Bd. 73, S. 415, (418).

[3]) RGE. 99, S. 208 ff. Bd. 100, S. 192. Bd. 109, S. 167.

Eigentumserwerb des Vertretenen gerichteten zwei Willensrichtungen sich betätigt, so hat er dadurch mit sich selbst kontrahiert und damit dem Vertretenen Eigentum verschafft.

Daß nicht durch das antizipierte constitutum possessorium [1]) allein der Eigentumsübergang auf den Vertretenen zustande kommt, sondern im Augenblick der Übergabe der Sache an den Vertreter noch von Seiten des Vertreters etwas geschehen muß, wird besonders deutlich in einer Reichsgerichtsentscheidung bei Gruchot Bd. 67, S. 321 betont: „.... Der Geschäftsherr wird durch ein „in sich" geschlossenes antizipiertes Besitzkonstitut Eigentümer, wobei es genügt, wenn dieser Wille, wenn auch nicht für jedermann, so doch für einen mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbar war." Das Insichgeschäft wird auch in anderen Entscheidungen häufig in Verbindung mit dem Besitzkonstitut erwähnt [2]).

Eine leicht mißverständliche Rolle spielt in einer Reihe von Entscheidungen [3]) die Gleichgültigkeit des veräußernden Drittkontrahenten an der Person des Erwerbers in Fällen, in denen der Vertretene Eigentum durch Vornahme eines Besitzkonstituts durch den Vertreter erwirbt. Die Gleichgültigkeit oder auch die Interessiertheit des Veräußerers an der Person des Erwerbers hat in den eben erwähnten Fällen mit der Frage des Eigentumserwerbs des Vertretenen überhaupt nichts zu tun. Denn immer muß, damit das zwischen Vertretenem und Vertreter bestehende Besitzkonstitut dinglich wirken kann, der Vertreter erst einmal Eigentümer geworden sein, und der Vertretene wird dann sein Rechtsnachfolger. Daß die obligatorische Vereinbarung und der Einigungsvertrag vor dem Besitzerwerb des Vertreters vorgenommen worden sind, und daß infolgedessen mit Besitzerwerb durch Insichgeschäft der Vertreter das Eigentum dem Vertretenen sofort weitertradieren kann, ändert an der Rechtsnachfolge der Parteien nichts.

Cohn [4]) hebt gleichfalls gegenüber diesen Entscheidungen hervor, daß das mangelnde Interesse des Veräußerers an der Person des Erwerbers für die Frage des Eigentumserwerbes völlig unerheblich sei. Der Veräußerer habe in den Fällen der verdeckten Stellvertretung an die Mittelsperson tradiert und brauche es sich nicht gefallen zu lassen, daß gegenüber dieser unzweideutigen Erklärung auf seinen vermeintlichen Willen oder gar auf sein wirtschaftliches Interesse zurückgegangen werde. Cohn betont noch besonders, daß sämtliche Entscheidungen, die jene Auffassung vertreten, in Prozessen zwischen Vertreter und Vertretenen ergangen seien, und er bezweifelt mit Recht, ob die Rechtsprechung

---

[1]) Das Reichsgericht versteht unter dem „Antizipieren" des Besitzkonstituts die vorher vorgenommene Vereinbarung eines Innenverhältnisses in der Art des § 868 BGB. und den vorher zustandegekommenen Einigungsvertrag.

[2]) RGE. 52, S. 130; 63, S. 17 u. 405; 73, S. 415.

[3]) RGE. 99, S. 208; 100, S. 192; OLG Stettin in L. Z. 1924, S. 476.

[4]) a. a. O. S. 153.

auch dann an ihren Grundsätzen festhalten würde, wenn einmal die gleiche Frage zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber streitig werden würde.

Weil nur in wenigen Entscheidungen von dem Selbstkontrahieren gesprochen und die Frage der Rechtsnachfolge überhaupt nicht berührt wird, wird Loewenwarter[1]), anscheinend durch die Redewendung von der Gleichgültigkeit des Veräußerers an der Person des Erwerbers an die traditio ad incertam personam und den hierauf — nach unserer Meinung zu Unrecht — aufgebauten unmittelbaren Erwerb des Vertretenen erinnert, zu folgendem falschen Gedankengang veranlaßt: Die Einigung komme beim Geschäft des täglichen Lebens, wenn dem Veräußerer sein Kontrahent gleichgültig sei, durch den verdeckten Stellvertreter hindurch unmittelbar zwischen dem Veräußerer und dem ihm unbekannten Erwerber zustande, ohne daß der Beauftragte als Vertreter des Auftraggebers nach § 181 BGB. zugleich mit sich im eigenen Namen handeln müßte.

Loewenwarter ist entgegenzuhalten, daß unmöglich Faktoren, die unter Umständen niemals ans Tageslicht treten, nämlich: Gleichgültigkeit auf Seiten des Drittkontrahenten und Uebereinstimmung der Willen des Vertreters und des Vertretenen, die Wirkung des Abs. 2 des § 164 BGB. beseitigen können. Außerdem übersieht Loewenwarter das vom Reichsgericht in diesem Zusammenhange geforderte Besitzkonstitut, durch das die Eigentumsübertragung vom Vertreter auf den Vertretenen erst erfolgt.

Über die Rechtsnatur des Insichgeschäfts nach § 181 BGB. werden in einer Entscheidung[2]) vom Reichsgericht Ausführungen gemacht, die sich nahezu mit der von uns vertretenen Ansicht decken und die beweisen, daß auch das Reichsgericht Willenserklärung und Willensindiz im Sinne der Theorie des Willensgeschäftes unterscheidet. Es handelt sich in der zitierten Entscheidung um einen Fall, in dem jemand als Vertreter zweier Parteien in sich die Willensübereinstimmung herbeiführt. Das Reichsgericht führt dazu aus: „Wenn die Verknüpfung obligatorischer Verbindlichkeiten durch Willenseinigung der Vertragschließenden vorgenommen wird, so genügt hierzu die Willenseinigung, die innerhalb des Vertreters beider vor sich geht ebenso gut wie dort, wo sich die Vertragschließenden persönlich mit ihren Willen gegenüberstehen. Einer Willenserklärung bedarf es im letzteren Falle auch nur zu dem Zwecke, um gegenseitig den Willensinhalt zur Kenntnis zu bringen. Erfolgt aber die Willensbildung für beide durch ihren gemeinsamen Vertreter in sich, so fällt das Erfordernis einer Erklärung des Willens von selbst fort. Es muß dann ausreichen, wenn überhaupt die Tatsache, daß der Vertreter für seine Vollmachtgeber einen beide bindenden Willensentschluß gefaßt hat, feststellbar wird, und das kann durch

[1]) Loewenwarter, a. a. O. S. 274.
[2]) RG. bei Gruchot Bd. 56, S. 895.

Rückschluß auch aus später vorgenommenen Handlungen des Vertreters ermöglicht werden, namentlich wenn solche sich als Ausführungen des früher gefaßten Willens darstellen."

Damit erkennt das Reichsgericht an, daß bei fehlendem Kundgebungszweck eine Willenserklärung überflüssig wird und daß eine wirksame Willenseinigung durch Insichgeschäft mit der Vollendung des Willens des Vertreters in der Willenstat vorhanden ist. Dadurch, daß betont wird, daß Rückschlüsse auf diese Willenstat auch aus späteren Handlungen des Vertreters, namentlich aus Ausführungshandlungen gezogen werden können, wird umgekehrt zugegeben, daß die Willenstat selbst keineswegs immer eine solche sein muß, aus der selbst man schon auf den Inhalt des zu Grunde liegenden Willens mit Sicherheit schließen kann, daß das äußere Verhalten des Vertreters beim Insichgeschäft bezüglich des Willensinhaltes vielmehr nur als Indiz, nicht als Erklärung des Rechtsfolgewillens in Betracht kommt. Das Reichsgericht läßt also das Insichgeschäft bei obligatorischen Verträgen durch eine in einer rechtsgeschäftlichen Absicht vorgenommenen Handlung des Vertreters ohne Kundgebungszweck sich vollenden: also durch Willensgeschäft.

Zum gleichen Ergebnis gelangen wir in dem Fall der dinglichen Übereignung einer Sache vom Vertreter auf den Vertretenen durch Insichgeschäft bei Vorliegen eines Besitzkonstituts, da diese Art der Eigentumsübertragung mangels Wechsels des unmittelbaren Besitzers nicht von Person zu Person vor sich geht, sondern hier ebenfalls — nach vorher vorgenommener Einigung und Verabredung eines Besitzmittlerverhältnisses — ein Willensgeschäft genügt. Wenn hier der Veräußerer mit sich selbst als dem Vertreter des Erwerbers die Gleichrichtung der Willen vornimmt, so fällt auch hier der Kundgebungszweck fort; es bedarf einer Willenserklärung nicht. Das Insichgeschäft ist auch in diesem Falle ein Willensgeschäft.

In konsequenter Anwendung der als richtig erkannten Regeln des Willensgeschäfts wird man auch für die materielle Wirksamkeit dieses Willensgeschäftes und ihren Zeitpunkt nur eine Vollendung des Willens in entsprechendem Verhalten des Vertreters verlangen können, nicht etwa eine solche „Willensbetätigung", die den Übereignungswillen für einen mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbar macht.[1]) Das liefe schon wieder auf Voraussetzungen einer Erklärung des Übertragungswillens hinaus, die hier nicht stattfindet.[2])

Das Reichsgericht zeigt in der Entscheidung Bd. 100, S. 193 wieder deutlich die Grundlage der willensgeschäftlichen Behandlung des Insichgeschäftes, indem auf den Übereignungswillen schlechthin abgestellt und eine Erkennbarkeit der Willensbetätigung für Dritte nicht gefordert wird. „. . . Ist zwischen ihnen (dem Vertretenen und dem

[1]) So RG. bei Gruchot Bd. 67, S. 321.
[2]) Vergl. Manigk, Willenserklärung, S. 445.

Vertreter) ein Verhältnis der in § 868 BGB. bezeichneten Art vereinbart, und hierzu ist auch ein Auftragsverhältnis zu rechnen, hat ferner der Stellvertreter zurzeit der dinglichen Einigung und der Besitzübertragung durch den Veräußerer den mit dem Willen des Auftraggebers übereinstimmenden Willen, das Eigentum für seinen Auftraggeber zu erwerben, so wird dieser vermittelst Besitzkonstituts Eigentümer."

Danach wäre also als Standpunkt des Reichsgerichts festzustellen: Der Eigentumserwerb des Vertretenen kann, wenn die Vertretereigenschaft nicht erkennbar war, durch vorher vereinbartes Besitzkonstitut begründet sein. Für den Eigentumsübergang auf den Vertretenen ist im Augenblick des Besitzerwerbes des Vertreters lediglich eine Ausführungshandlung des Vertreters erforderlich. Ausgeführt wird das Besitzkonstitut abredegemäß durch ein Insichgeschäft nach § 181 BGB. Wenn von dem Verhalten bei der Vornahme des Insichgeschäfts in einigen Entscheidungen des Reichsgerichts ohne ersichtlichen Grund Erkennbarkeit „für einen Dritten" gefordert wird, so widersprechen dem andere Entscheidungen, in denen materiell der dem Auftrage entsprechende Wirkungswille des Vertreters die erhebliche Tatsache ist, um deren Beweis durch Indizien es sich im Rechtsstreit handelt. Hier wird auch vom Reichsgericht anerkannt, daß das Insichgeschäft bei Ausführung einer Uebereignung von Mobilien durch Besitzkonstitut ein **Willensgeschäft** ist.

D. Ein anderer Lösungsversuch:

§ 13. Die Theorie v. Tuhrs.

Von Tuhr[1]) glaubt, auf ganz andere Art und Weise unmittelbaren Eigentumserwerb des Geschäftsherrn rechtfertigen zu können, obwohl der dem veräußernden Drittkontrahenten gegenübertretende Geschäftsmittler im eignen Namen handelt. Er schlägt analoge Anwendung des für Verfügungen geltenden § 185 BGB. auf Erwerbshandlungen vor. Wenn V. mit Zustimmung des A. auf dessen Rechte im eigenen Namen verfügen könne, so müsse es ebenso gut möglich sein, daß V. mit Zustimmung des A. durch Handeln im eigenen Namen Rechte für A. begründe. Da das Gesetz zwei Arten der Verfügung über fremde Mobilien kenne, nämlich Verfügung im fremden und im eigenen Namen mit Wirksamkeit für den bisherigen Eigentümer, so wäre es auffallend und schwer erklärlich, wenn es nicht dementsprechend auch zwei Arten des Mobiliarerwerbes für einen anderen gäbe. Allerdings könne diese Analogie nur beim Erwerb von dinglichen Mobiliarrechten, wie z. B. beim Eigentumserwerb, angewendet werden, weil die Interessen des Veräußerers durch die Ablenkung der Erwerbswirkung auf eine andere Person nicht beeinträchtigt werden dürften.

[1]) Allg. Teil II 2 § 84 III, S. 350 u. II 1 § 60 VI, S. 396.

Wir haben oben[1]) darauf hingewiesen, daß es nicht richtig ist, regelmäßig Uninteressiertheit des Veräußerers an der Person des Erwerbers anzunehmen. Würde man die analoge Anwendung des § 185 BGB. auf Erwerbshandlungen zulassen, dann wäre das Resultat, daß jemand gegen den Willen des Veräußerers von diesem unmittelbar eine Sache erwerben könnte, obwohl der Veräußerer gerade diesen vom Erwerbe ausschließen wollte. Wir sind der Ansicht, daß wegen der Vertragsfreiheit auch bezgl. dinglicher Rechte eine Symetrie des Gesetzes (zwei Arten der Verfügung über fremde Mobilien — zwei Arten des Erwerbes fremder Mobilien) nicht hergestellt worden ist[2]).

M. E. spricht aber noch mehr gegen die Auffassung v. Tuhrs, daß mit ihr ohne Grund nicht nur der § 164 BGB. unangewendet bleibt, sondern auch die diesem nachfolgenden Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb durch Stellvertretung (§ 166 BGB.) und über die Vollmachterteilung, da diese gleichfalls nur für Geschäfte im fremden Namen gelten. Es könnte also ein Bösgläubiger für seinen gutgläubigen Freund Eigentum vom Nichtberechtigten erwerben; denn § 166 BGB. findet keine Anwendung, ein für den Rechtsverkehr unerträgliches Ergebnis. Wollte man dagegen einwenden, die Gutgläubigkeit müsse in der Person dessen, der die Erwerbshandlung vornimmt, nach § 932 BGB. vorhanden sein, so dürfte derjenige, den die Erwerbswirkung trifft, bösgläubig sein und könnte also den Gutgläubigen zu der Erwerbshandlung veranlassen. Das wäre noch gefährlicher.[3])

Da mit der analogen Anwendung des § 185 BGB. auf Erwerbshandlungen bei Mobiliarrechten die Vorschriften über die Stellvertretung insoweit ausgeschaltet werden könnten, was sich, wie geschildert, im Rechtsverkehr äußerst schädlich auswirken könnte, so ist die Lehre v. Tuhrs abzulehnen.

E. § 14. Zusammenfassung.

Zum Schluß sei die Ansicht des Verfassers zusammengefaßt:

Durch die Schaffung des § 164 und insbesondere des Absatz 2 hat das Gesetz die widerstreitenden Interessen der drei bei einem durch Stellvertretung zustande kommenden Erklärungsgeschäft beteiligten Personen abgewogen und die Entscheidung über sie im Sinne des

[1]) Bei der Besprechung der Theorie Rümelins § 5 der Abhandlung.

[2]) Vergl. auch Lehmann, a. a. O., S 275, der die Unsicherheit betont, die durch die v. Tuhrsche Lehre in die Frage des Eigentumserwerbes getragen wird.

[3]) Cohn führt S. 151/152 aus, daß durch die von v Tuhr vorgeschlagene Analogie Recht uud Rechtsschein in Diskrepanz gebracht werden: Zwar erwerbe die Mittelsperson den Besitz, und die Einigung erfolge zwischen dem Veräußerer und ihr, aber der Erfolg beider Akte solle ohne eine nach außen hin sichtbare Ursache nicht in ihrer Person, sondern in der ihres Herrn eintreten. Dieses Ergebnis ist nach Cohn abzulehnen. Den Ausführungen Cohns schließt sich übrigens auch Schumann a. a. O. S. 1197 an.

Offenheitsprinzips gefällt. Wenn man unter Umständen auch die Interessen aus einem anderen Blickwinkel sehen mag und deshalb eine andere Abwägung als das Gesetz vornimmt, so darf man doch nicht, wenn man das geltende Recht anwendet, die Rechtssätze, die zu der eigenen Anschauung nicht passen, unangewendet lassen. Mit der gesetzlichen Entscheidung hat der Gesetzgeber selbst die Interessenabwägung bindend vorgenommen. Aus diesem Grunde ist es grundsätzlich abzulehnen, den Abs. 2 des § 164 BGB, der für alle Willenserklärungen gilt, bei den ebenfalls durch Willenserklärungen zustande kommenden dinglichen Rechtsgeschäften auszuschalten, um „der wirklichen Interessenlage" gerecht zu werden.

Aber auch die Gedankengänge der Schriftsteller, die den § 164 Abs. 2 BGB. bei Eigentumserwerb durch einen nicht erkennbaren Vertreter ausschalten wollen und unmittelbar dem Vertretenen „entsprechend der Interessenlage" Eigentum verschaffen wollen, müssen wir ablehnen.

Die Behauptung, in der Regel sei dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig, geht zu weit. Aus der rein inneren Tatsache der Uninteressiertheit an dem Erwerber, die hin und wieder doch vorhanden sein kann, darf eine Offerte „an den, den es angeht," nicht hergeleitet werden. Diese Konstruktion erscheint als eine petitio principii. Für die Frage, wer das Eigentum erwirbt, der Vertreter oder der Vertretene, kann es in der Regel weder auf das Innenverhältnis zwischen diesen beiden, noch auf den inneren, noch auf den sonst wie geäußerten, aber dem Veräußerer gegenüber nicht erklärten Willen des Vertreters ankommen. Denn da das Übereignungsgeschäft durch gegenseitige Willenserklärungen zustande kommt, können nur alle, dem Veräußerer zugänglich gewordenen Erklärungsfaktoren in Betracht kommen.

Der Konstruktion Jeroschewitz' von der Annahme der Offerte durch Willensgeschäft können wir deshalb nicht zustimmen, weil dieser Schriftsteller erstens den nur für Verträge unter Abwesenden geltenden § 151 BGB. auch für Verträge unter Anwesenden anwendet und zum anderen den einheitlichen Akt der Annahme durch den Vertreter in zwei juristische Tatbestände: eine Willenserklärung (mit Kundgebungszweck) und ein Willensgeschäft (ohne Kundgebungszweck) zerteilt.

Alle diese Lehren berücksichtigen nicht den Risikogedanken und vermengen durch ihre contra legem ausfallende Entscheidung die Tatbestände der direkten und indirekten Stellvertretung, was auch aus rechtspolitischen Erwägungen als sehr gefährlich anzusehen ist.

Es besteht keinerlei Veranlassung, von dem Offenheitsprinzip in irgend einem Falle abzuweichen, da die Anwendung des § 164 Abs. 2 BGB. auch bei dinglichen Rechtsgeschäften befriedigende Ergebnisse zeitigt. Das wichtigste Indiz bei der Auslegung des Traditionsvertrages zwischen Veräußerer und Vertreter ist das der Tradition zugrunde

liegende Kausalverhältnis. Im Unterschied zur Kausaltheorie Lenels, der das Kausalverhältnis nicht als Indiz, sondern als für den Eigentumserwerb schlechthin entscheidenden Faktor wertet und damit gegen den Charakter des für alle und nicht nur für obligatorische Willenserklärungen geltenden § 164 BGB. verstößt, ist das Kausalverhältnis mangels ausdrücklicher Willenserklärungen bei der Tradition als der dem regelmäßigen Interesse der Parteien am meisten entsprechende Umstand bei der Auslegung zu berücksichtigen. Das Resultat dieser Auslegungsregel ist freilich sehr häufig zunächst der Eigentumserwerb des Vertreters wegen Nichterkennbarkeit seiner Vertretereigenschaft, jedoch nur, solange nicht andere Tatsachen wie z. B. offensichtliche Dienstbotenstellung einen „Umstand" des Absatz 1 Satz 2 des § 164 BGB. erkennen lassen.

Gerade weil nicht ein unmittelbarer Erwerb des Vertretenen eintritt, wird dem Rechtsverkehr die in heutiger Zeit besonders notwendige Klarheit und Durchsichtigkeit erhalten.

Andererseits kann durch Anwendung des antizipierten Besitzkonstituts in Verbindung mit dem Insichgeschäft dem Geschäftsherrn, wenn auch nicht im Rechtssinne unmittelbar, so doch aber zeitlich im unmittelbaren Anschluß an den Erwerb der Sache durch den Geschäftsmittler das Eigentum verschafft werden, wenn Geschäftsherr und Geschäftsmittler vorher ein Besitzmittlerverhältnis vereinbart haben. Dies braucht nicht ausdrücklich zu geschehen, sondern kann stillschweigend erfolgen.

In der Streitfrage, wann und wie die vor dem Besitzerwerb des Vertreters getroffene Abmachung zwischen Vertretenem und Vertreter wirkt, ergab sich folgender Standpunkt: Auf alle Fälle muß Einigkeit über den sofortigen Eigentumsübergang auf den Vertretenen im Augenblick des Besitzerwerbes durch den Vertreter gemäß § 930 BGB. vorhanden sein. Das schließt nicht aus, daß Vertreter und Vertretener vorher bei Vereinbarung des Besitzmittlerverhältnisses die Einigkeit bereits hergestellt haben, sie muß nur bis zum Augenblick des Besitzerwerbes des Vertreters andauern. Der Vertreter muß nach dem Empfang der Sache den Erwerbswillen für den Vertretenen noch einmal betätigen. Denn erst im äußeren Verhalten findet der rechtlich erhebliche Wille seinen Abschluß. Die Vollendung des Willens in der Tat, — nämlich das Gleichrichten der Willen als Veräußerer und als Vertreter des Erwerbers, — geschieht auch durch ein Selbstkontrahieren gemäß § 181 BGB.

Die Theorie, die bei vorheriger Einigung über den Eigentumsübergang diesen automatisch mit dem bloßen Besitzerwerb des Vertreters eintreten läßt, ist abzulehnen, weil in dem Falle, in dem der Vertreter zwar n a c h Abschluß des Einigungsvertrages aber v o r seinem Besitzerwerb die Sache doch selbst behalten will, gegen den Willen des „veräußernden" Vertreters die Veräußerung erfolgen muß.

Was die v. Tuhrsche Verfügung des Nichtberechtigten anlangt, so ist die eine Verfügung darstellende Veräußerung erst in dem Augenblick des Besitzerwerbs als vollendet anzusehen. Bis zum Zeitpunkt der Vollendung der Verfügung ist Einigkeit bezüglich der Verfügung vorauszusetzen. Der Einigkeitswille muß sich einem äußeren Verhalten des Vertreters vollendet haben.

Die Schriftsteller, die eine vorweggenommene Einigung ablehnen, werden den tatsächlichen Rechtsvorgängen nicht gerecht.

Das Insichgeschäft, das bei einer Uebereignung im Sinne des § 930 BGB. nur in einer Gleichrichtung zweier Willen in der Person des Vertreters besteht, stellt sich wegen des Fehlens des Kundgebungszweckes als Willensgeschäft dar. Infolgedessen ist zu seiner materiellen Wirksamkeit nur die Vollendung des Geschäftswillens des Selbstkontrahenten in der Tat nötig. Ein bestimmtes „typisches" Verhalten, aus dem ein anderer unmittelbare Rückschlüsse auf den Erklärungsinhalt ziehen könnte, ist nicht notwendig.

Mit der Anwendung des antizipierten Besitzkonstituts in Verbindung mit dem Insichgeschäft ist nach unserer Meinung einerseits der allgemeinen Bedürfnislage Genüge getan, denn sofort nach Vornahme des Insichgeschäftes steht bei Pfändung der Sache durch einen Gläubiger des Vertreters oder beim Konkurse des Vertreters dem Vertretenen das Interventions- bezw. Aussonderungsrecht zu; andererseits wird aber nicht gegen das Offenheitsprinzip und den § 164 Abs. 2 BGB. verstoßen, denn das Eigentum erwirbt unmittelbar der nicht als Vertreter erkennbar Handelnde.

Lebenslauf.

Am 9. Mai 1908 wurde ich in Darmstadt (Hessen) als Sohn des damaligen Militärintendanturassessors, jetzigen Abteilungspräsidenten i. e. R. in Berlin Eberhard Busse und seiner Ehefrau Margarete, geb. Nietzschmann geboren. Von Ostern 1914 bis Ostern 1917 besuchte ich eine Privatschule in Magdeburg, um dann bis Februar 1920 dem König Wilhelm Gymnasium der gleichen Stadt anzugehören. Nach der Uebersiedelung meiner Eltern nach Schwerin i. M. besuchte ich dort das Gymnasium Fridericianum bis zu der am 1. März 1926 abgelegten Reifeprüfung. Meine rechtswissenschaftlichen Studien betrieb ich auf den Universitäten Tübingen, München, Berlin und Marburg. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 26. März 1930 vor der juristischen Prüfungskommission am Oberlandesgericht in Kassel. Am 7. Mai 1930 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt und befinde mich als solcher seit dem 12. Mai 1930 im Vorbereitungsdienst im Bezirk des Kammergerichts.